

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon

A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci



Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro

Opinioni a confronto

a cura di

Emilio Balletti e Rosario Santucci



G. Giappichelli Editore

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon, A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro

Opinioni a confronto

a cura di

Emilio Ballelli e Rosario Santucci



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0369-4

ISBN/EAN 979-12-211-5118-3 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con i contributi finanziari del Dipartimento Diritto Economia Management Metodi Quantitativi (DEMM), Università del Sannio e del Fondo Ricerca di Ateneo dell'Università del Sannio (responsabile prof. Rosario Santucci).

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
EMILIO BALLETTI e ROSARIO SANTUCCI <i>Presentazione</i>	VII
EMILIO BALLETTI <i>Prescrizione dei diritti retributivi e stabilità del rapporto di lavoro</i>	1
EDOARDO GHERA <i>Instabilità del rapporto e prescrizione dei crediti retributivi dopo l'intervento nomofilattico della Cassazione</i>	25
FRANCESCO SANTONI <i>Decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e regimi di tutela del posto di lavoro</i>	29
CARLO CESTER <i>La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione</i>	45
ARTURO MARESCA <i>Reintegrazione "recessiva" e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)</i>	55
LUCA NOGLER <i>Decorrenza della prescrizione e countdown sulla tenuta costituzionale della differenziazione di conseguenze del licenziamento ingiustificato</i>	75

	<i>pag.</i>
STEFANO BELLOMO <i>La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la “legge Fornero” ed il Jobs Act. Una sentenza, quattro domande</i>	81
ANDREA BOLLANI <i>La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: ombre ed effetti dell'intervento della Cassazione</i>	89
VALERIO MAIO <i>La Cassazione e la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Criticità e prospettive</i>	101
ALESSANDRO BELLAVISTA <i>La prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori e le recenti pronunce della Cassazione</i>	115
IORELLA LUNARDON <i>Il decorso della prescrizione nel diritto del lavoro tra l'esigenza di certezza e le incertezze del “diritto vivente”</i>	123
GIAMPIERO PROIA <i>Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro</i>	133
ROSARIO SANTUCCI <i>Chiaroscuri sulla questione della prescrizione e della stabilità nel rapporto di lavoro</i>	141
<i>Abbreviazioni</i>	149

PRESENTAZIONE

Il webinar e gli atti qui pubblicati s'inscrivono nelle iniziative scientifiche del gruppo "Fa.Ri. – Facciamo ricerca sul lavoro", finalizzate ad individuare temi rilevanti e attuali della disciplina giuslavoristica e ad analizzarli nei risvolti teorici e pragmatici, in un caleidoscopio pluralistico di opinioni.

La prescrizione dei diritti dei lavoratori incide – come noto – sulla conservazione dei diritti e, nello stesso tempo, è diretta alla soddisfazione dell'interesse alla certezza dei rapporti giuridici. Ha bisogno, pertanto, di regole ragionevoli ed equilibrate in relazione alla natura degli interessi, generali e privati, coinvolti. Come d'abitudine, il diritto del lavoro costituisce un banco di prova degli istituti civilistici, in cui emerge completamente l'incertezza regolativa – essa non riguarda soltanto il diritto del lavoro e parte da lontano, dalle disposizioni codicistiche –, coniugandosi nell'ordinamento giuslavoristico con la questione della stabilità "reale" del rapporto di lavoro, incisa profondamente con le modifiche apportate alla disciplina del licenziamento individuale prima dalla legge Fornero e poi dal *Jobs Act*.

Non si poteva pertanto rimanere indifferenti di fronte alle recenti posizioni giurisprudenziali in materia. Quasi istintivamente, non si è potuto evitare di rilevare come, per un primo verso, rimettere per tanti anni l'assetto della decorrenza della prescrizione agli orientamenti giurisprudenziali, rappresenti la negazione di un equilibrato e consolidato regolamento degli interessi in campo. E, per un secondo verso, non si è potuto nascondere la deflagrazione dei regimi di tutela del licenziamento per effetto sia delle modifiche legislative del 2012 e del 2015, sia degli interventi della Corte costituzionale che hanno inciso sulle predette modifiche. Quindi la questione della decorrenza della prescrizione in realtà si trascina anche quella del regime del licenziamento che, in una sorta di eterogenesi dei fini, si è tramutata in rivoli normativi e applicativi difficilmente sintonici con

le esigenze del lavoro e dell'impresa e con quelle dell'assetto sociale ed economico generale. Una sorta di corto circuito che parte dalla prescrizione, arriva alla stabilità reale e torna indietro.

I promotori dell'iniziativa e i relatori hanno voluto offrire il loro punto di vista e il loro auspicio.

Emilio Balletti
Rosario Santucci

PRESCRIZIONE DEI DIRITTI RETRIBUTIVI E STABILITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO

Emilio Balletti *

1. *Il mutamento di scenario in relazione alla decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi*

La questione della possibile decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi in corso di rapporto di lavoro è giocoforza tornata in discussione al cospetto dei notevoli cambiamenti introdotti in tema di regimi sanzionatori dei licenziamenti illegittimi in virtù della legge Fornero e della riforma del *Jobs Act* (cfr., rispettivamente, art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015), essenzialmente nel senso di una riduzione di ambito applicativo e portata protettiva dell'originario regime di stabilità reale *ex art. 18, l. n. 300/1970*.

Proprio in riferimento al criterio della stabilità reale *ex art. 18*, infatti, la problematica in parola ha notoriamente trovato composizione, fin dagli anni '70, alla luce delle statuizioni della Corte costituzionale in sue successive pronunzie¹ e delle coincidenti determinazioni della stessa Cassazione anche a Sezioni Unite².

Ciò, in specie, nel senso della “non decorrenza” della prescrizione per i diritti retributivi in costanza di rapporto di lavoro in riferimento ai soli rapporti di lavoro “non stabili” *ex art. 18 l. n. 300/1970* “vecchia formula” (*id est*, versione antecedente alle sue modifiche *ex art. 1, comma 42, l. n. 92/2012*), intendendosi per tali i rapporti di lavoro a c.d. mera “stabilità

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università della Campania “*Luigi Vanvitelli*”.

¹ Cfr., spec., a partire dall'originaria prima pronunzia Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63/1966, Corte cost. nn. 143/1969, 174/1972, 40/1979, 41/1979, 42/1979, 43/1979, 44/1979 e 45/1979.

² Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *MGL*, 1976.

obbligatoria” (assoggettati cioè alla sola l. n. 604/1966, ma non anche all’art. 18 “vecchia formula”) ed anche a c.d. recesso *ad nutum, ex art.* 2118 c.c. E, invece, con affermazione della decorrenza della prescrizione già in corso di rapporto di lavoro per i rapporti di lavoro “stabili” sempre *ex art.* 18 “vecchia formula”.

Ma tanto, allora, in termini necessariamente da riconsiderare nel momento in cui si è detto essere modificata la portata di tale “stabilità” *ex art.* 18 ai sensi della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015.

2. *L’operare della prescrizione dei diritti retributivi in ragione del grado di stabilità del rapporto di lavoro*

Posta la sua prima sentenza n. 63/1966, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato «*l’illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del Codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*», in relazione all’art. 36 Cost. e comunque anche alla luce della disciplina limitativa in tema di rinunzie dei diritti dei lavoratori *ex art.* 2113 c.c., in quanto il prestatore «*può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento*»³, è risaputo che la stessa Consulta abbia poi provveduto a delimitare la portata di un tale principio di non decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi in corso di rapporto di lavoro.

La sopraggiunta disciplina limitativa in materia di licenziamenti (spec., l. n. 604/1966 e art 18, l. n. 300/1970) è infatti innegabilmente valsa a stemperare almeno in parte il possibile rilevare di un “timore” del lavoratore di essere licenziato, e tanto ha evidentemente indotto la Corte costituzionale a circoscrivere la già affermata non decorrenza della prescrizione per i crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro ai soli casi nei quali reputa rilevare un effettivo timore di licenziamento per il lavoratore. Ciò,

³ Così Corte cost. n. 63/1966, anche con la precisazione che «*la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell’effetto che l’art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione*», anzitutto in riferimento al termine di prescrizione quinquennale dei crediti retributivi inerenti «*a tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi*», ma parimenti pure per i termini di prescrizione di uno e tre anni di cui, rispettivamente, agli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c.

invero, con una serie di sue pronunzie successive mediante le quali la Consulta ha statuito l'ordinario decorso della prescrizione per i crediti retributivi già in costanza di rapporto di lavoro «*tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione*»⁴. Situazione, questa, che sempre il Giudice delle leggi ha stabilito ricorrere, oltre che «*per i rapporti di pubblico impiego statali, anche se di carattere temporaneo*»⁵, «*in tutti i casi di sussistenza di garanzie che si possano ritenere equivalenti*» e segnatamente quando, nell'ipotesi di violazione dei vincoli di giustificazione *ex art. 1, l. n. 604/1966*, sia assicurato «*l'annullamento dell'avvenuto licenziamento*» e «*la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*», come appunto nel caso di applicazione dell'art. 18 «vecchia formula»⁶.

Onde la determinazione del punto di equilibrio tra le fondamentali esigenze di certezza del diritto cui assolve in generale la prescrizione e le esigenze di tutela del diritto di credito del lavoratore alla giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.* in base al grado di «stabilità» del rapporto di lavoro e pertanto, in specie, nel senso della decorrenza della prescrizione per i crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro soltanto quando rilevi una disciplina che «*indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro ... sul piano sostanziale subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*»⁷. Ipotesi, questa, che per interpretazione univoca della giurisprudenza, rapidamente consolidatasi nel solco delle cennate medesime determinazioni della Consulta e della Cassazione a Sezioni unite, si è appunto reputato generalmente ricorrere nel caso di applicazione del regime di stabilità reale *ex art. 18* «vecchia

⁴Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174 e, conf., già Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143.

⁵Corte cost. n. 143/1969.

⁶Cfr. ancora Corte cost. n. 174/1972, nonché, conf., anche Corte cost. 1° giugno 1979 nn. 40 e 41, e 18 giugno 1979, nn. 42, 43, 44 e 45.

⁷Cfr. Cass., Sez. Un., n. 1268/1976 cit. *Amplius* in dottrina, per tutti, A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, nonché, più di recente, M. NOVELLA, *Prescrizione e decadenza*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IV (a cura di M. Marazza), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Wolters Kluwer, Padova, 2012, p. 1990.

formula”⁸. Ciò, peraltro, non senza alcune valutazioni critiche di una parte della dottrina, sia in merito alla stessa possibilità di “creazione di una norma” al riguardo ad opera della Corte costituzionale⁹, sia al contempo dubitandosi pure dell’idoneità in sé del c.d. *metus* del prestatore di essere licenziato a poter valere quale criterio di esclusione della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro¹⁰.

3. Le nuove tutele in materia di licenziamenti ex art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015

La consolidata ricostruzione della decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi del lavoratore in base all’applicazione, o meno, del regime della stabilità “reale” ex art. 18 “vecchia formula” è dunque da riconsiderare al cospetto dell’intervenuta ridefinizione in via riduttiva di ambito applicativo e portata protettiva di tale ipotesi di tutela ex l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015.

La versione “piena” della stabilità “reale” così come disegnata dal legislatore del ’70 risulta infatti oggi circoscritta nella sua applicazione ai soli casi del licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, del licenziamento orale e agli altri casi di nullità previsti dalla legge o comunque indicati *sub* comma 1 del “nuovo” art. 18 (come modificato ex comma 42, art. 1, l. n. 92/2012) e *sub* art. 2, d.lgs. n. 23/2015. Al contempo, in riferimento ai soli casi peculiari di illegittimità del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo di cui, rispettivamente, al comma 4, art. 18 “nuova formula” e al comma 2, art. 3, d.lgs. n. 23/2015, oltreché anche di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex comma 7, art. 18, rileva pure l’introduzione della c.d. versione “attenuata” della medesi-

⁸Cfr., per tutte, Cass. nn. 29774/2017, 17989/2018, nonché già Cass. n. 4942/2012.

⁹È d’obbligo in proposito il richiamo, anche per ogni ulteriore riferimento in argomento, a E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in RIDL, 2008, I, p. 3, che valuta esservi stata al riguardo da parte della Consulta una c.d. “*inventio*” di una nuova norma, nonché, di recente, a M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in ID., *Diritto del lavoro. Altri saggi 2004-2021*, Cacucci, Bari, 2022, p. 357 (già in ADL, 2018, 1), che analogamente rileva la «*creazione*» ad opera della Consulta di «*una norma che non c’era*».

¹⁰Di recente, cfr. ancora M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 357 ss., nonché, conf., A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro “destabilizzati”: note critiche*, in DRI, 2022, p. 320 ss. Ma in argomento v. *amplius* anche *infra*.

ma tutela reintegratoria, con la limitazione a dodici mensilità della misura massima del risarcimento del danno. Mentre ad essere stabilita in relazione a tutte le altre ipotesi di illegittimità di licenziamento è invece, oggi, una sola tutela meramente economica, di entità variabile a seconda dei casi, ma comunque generalmente inferiore rispetto alla tutela risarcitoria “integrale” pari alle retribuzioni non percepite dalla data del licenziamento alla reintegrazione, *ex art. 18 “versione originaria”*¹¹, salvi i soli richiamati casi particolari di tutela reintegratoria “piena” *ex art. 18, comma 1, “nuova formula”* e art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Tratto caratterizzante l’odierno rinnovato apparato sanzionatorio in materia è così indubbiamente quello di un sensibile ampliamento dell’ambito di operatività di una tutela di (sola) natura risarcitoria o comunque indennitaria, in luogo di una tutela reintegratoria¹².

Tutela reintegratoria che, infatti, già assunta quale regola generale in relazione ad ogni ipotesi di licenziamento illegittimo secondo la versione originaria dell’art. 18 (ovviamente in riferimento ai datori di lavoro rientranti nel suo campo di applicazione: *cf. art. 18, comma, “vecchia formula”, come sostituito dall’art. 1, l. n. 108/1990, nonché già art. 35, l. n. 300/1970*), ai sensi del rinnovato impianto normativo è invece stabilito applicarsi in relazione ai soli suddetti casi particolari di illegittimità “più grave” del licenziamento.

4. *Le diverse valutazioni in dottrina e giurisprudenza delle rinnovate tutele sui licenziamenti in relazione alla prescrizione dei diritti retributivi*

Ebbene, si può ritenere che gli attuali standard di tutela legale in tema di licenziamento valgano a fornire un adeguato grado di stabilità al rapporto di lavoro tale da superare il timore di licenziamento rilevante quale ostacolo alla rivendicazione dei suoi crediti retributivi da parte del lavoratore?

E che quindi per i lavoratori cui si applica l’art. 18 l. n. 300/1970 “nuova formula” sia allora da confermare la decorrenza della prescrizione per i crediti retributivi già in costanza di rapporto di lavoro, secondo quanto ri-

¹¹ Cfr.: art. 8, l. n. 604/1966; art. 18, commi 5-7 e 10, l. n. 300/1970; art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, *modif. ex art. 1, comma 46, l. n. 92/2012; d.lgs. n. 23/2015.*

¹² Conf., per tutti, F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in RIDL, 2013, I, p. 892.

tenuto generalmente ai sensi del medesimo art. 18 “vecchia formula”?

Come pure va verificato, al contempo, se un adeguato grado di stabilità tale da poter consentire la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro rilevi in riferimento ai lavoratori invece rientranti nel c.d. regime delle “tutele crescenti” (art. 1, d.lgs. n. 23/2015).

Di diverso tenore sono le posizioni manifestate al riguardo sia in dottrina sia in giurisprudenza, peraltro, in un primo tempo solo da parte dei giudici di merito, almeno fino all’intervento in materia anche dei giudici di legittimità con due recentissime pronunzie¹³.

Confermato in linea di principio il riferimento al grado di stabilità del rapporto di lavoro quale dato di discriminazione, infatti, se ne prospettano in giurisprudenza valutazioni differenti riguardo la decorrenza o meno della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro.

Secondo un primo orientamento, invero, è affermata la non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro, valutando che, in virtù dell’intervenuta riduzione delle tutele ex art. 18, sono molteplici le «*ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, senza possibilità di reintegrazione*» e che pertanto «*i lavoratori, pur dipendenti da azienda sottoposta all’articolo 18 SL, (possono) incorrere per la durata della relazione lavorativa nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, a fronte della diminuita resistenza della propria stabilità*»¹⁴. Ciò, a volte, anche con il richiamo alla «*condizione soggettiva di incertezza*» nella quale versa il lavoratore «*circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile ... accertabile solo ex post nell’ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale*»¹⁵.

Ma da altre pronunzie è reputato invece, in senso opposto, che l’odierna tutela reintegratoria ex art. 18, l. n. 300 “nuova formula”, benché ridotta nella sua portata protettiva, assicuri un sufficiente grado di stabilità del rapporto di lavoro, «*permanendo la necessità che il licenziamento sia collegato ad esigenze specifiche e predeterminate e potendo, in difetto, il giudice rimuoverne gli effetti*», tale «*da giustificare il decorso della prescrizione in*

¹³ Cfr. Cass. 6 settembre 2022, n. 26246 e 20 ottobre 2022, n. 30957.

¹⁴ Così Trib. Milano 16 dicembre 2015, n. 3460, in *RIDL*, 2016, II, p. 261. V in senso analogo, tra le altre: App. Milano 30 aprile 2019, n. 376; Trib. Firenze 12 marzo 2018, n. 1; Trib. Torino 25 maggio 2016, n. 1021, in *DRI*, 2017, 851; Trib. Milano 29 settembre 2016, *ivi*, 2017, 850; Trib. Milano 16 dicembre 2015, n. 10803, *ivi*, 2016, 560.

¹⁵ App. Milano 25 ottobre 2021, n. 1352, in *DRI*, 2022, p. 307.

costanza di rapporto»¹⁶, osservandosi anche che la «previsione della tutela reale nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo, nonché discriminatorio, esclude il timore del recesso anticipato dal rapporto per il lavoratore che faccia valere i propri crediti retributivi»¹⁷.

E tanto, peraltro, con la non infrequente singolarità di pronunzie opposte anche nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario¹⁸.

Per quanto concerne la dottrina, per converso, ad emergere è un'almeno tendenziale prevalenza della tesi della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, valutandosi che il mutato assetto delle misure sanzionatorie in tema di licenziamento illegittimo, alla luce della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015, si discosta dal concetto di "stabilità adeguata" che, secondo l'interpretazione consolidata in relazione all'art. 18 "vecchia formula", vale a superare il timore di licenziamento rilevante quale ostacolo in relazione alla rivendicazione dei suoi crediti retributivi da parte del lavoratore¹⁹.

Ma sono comunque diverse le adesioni che si registrano anche per l'opinione differente per la quale, invece, pur affievolita, la stabilità del rapporto di lavoro permane "adeguata" giacché continua «a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, poiché la tutela derivante dal nuovo art. 18 ... è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato»²⁰. Ciò anche con l'osservazione che alla luce del-

¹⁶ Così Trib. Roma 21 maggio 2018, n. 4125.

¹⁷ Così Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2576, in *DRI*, 2017, p. 851. V. conf.: App. Milano 26 febbraio 2020, n. 89, *ivi*, 2022, p. 308; Trib. Napoli 12 novembre 2019, *ivi*, 2022, p. 308; Trib. Novara 10 luglio 2017, n. 282.

¹⁸ Cfr., ad es., App. Milano n. 1352/2021 e 376/2019 citt., da un lato, nonché App. Milano n. 89/2020 cit., dall'altro: al cospetto dell'art. 18 "nuova formula", nel senso della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, le prime due, e, invece, della sua decorrenza, la terza.

¹⁹ Cfr., tra gli altri: C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo tra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 78 ss.; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, 2013, c. 884; V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, p. 556 ss.; ID., *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, 2014, c. 492; O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 149; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 61 ss.

²⁰ Così A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in attesa*

l'odierno «contesto sanzionatorio per così dire “plurale” ... la protezione rimane comunque più penetrante rispetto al differente e meno stringente regime di stabilità obbligatoria»²¹, nonché ad ogni modo in ragione del persistente operare di un regime di tutela reintegratoria “piena” «per i casi di licenziamenti ‘odiosi’ perché discriminatori o ritorsivi o per motivo illecito»²², in riferimento ai soli quali si reputa poter rilevare essenzialmente il “timore” del lavoratore di essere licenziato²³.

Mentre, d'altro canto, sempre riguardo la decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, ad essere rimessa in discussione è, altresì, la stessa validità in sé dell'utilizzo del concetto di “stabilità adeguata” come delineato sulla base della sentenza n. 63/1966 e delle su richiamate successive risalenti pronunzie della Corte costituzionale e della Cassazione anche a Sezioni Unite. Ciò in virtù di una valutazione critica di quella che è definita la “*inventio*” di «una disposizione prima inesistente» quale aggiunta di «un caso di sospensione della prescrizione a quelli già previsti dall'art. 2941 cod. civ.» basato su di una mera “situazione psicologica”, appunto il timore di essere licenziato, assunto come «presunzione assoluta che ... non ammette la prova contraria»²⁴. Timore di licenziamento che, invece, si dubita rilevare come «situazione socialmente tipica ... idonea a costituire la giustificazione di una regola che sia di generale applicazione e, al tempo stesso, situazione determinate del comportamento di tutti i lavoratori»²⁵ anche perché «postula la necessità di “verificare il concreto atteggiarsi del rapporto di lavoro” in relazione all'effettiva situazione di metus del lavoratore» con la conseguenza che «nei casi di potenziale riqualificazione (oggettiva o soggettiva) del rapporto o di “stabilità fluttuante” in funzione del numero degli occupati, a ge-

dell'intervento nomofilattico della Cassazione), in ADL, 2022, p. 216 ss. e già ID., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, p. 454. Conf.: R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in Labor, 2022, p. 153; L. FOGLIA, *La Cassazione “de-stabilizza” il rapporto di lavoro sul dies a quo*, in LG, 2022, p. 1153; C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, relazione alle giornate di studio AIDLASS di Torino 165-17 giugno 2022 *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro* (dattiloscritto), p. 48 ss.

²¹ Così F. SANTONI, *op. cit.*, p. 896 ss.

²² Cfr. M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 370 s.

²³ Cfr. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in MGL, 2012, p. 751 ss.

²⁴ Cfr. M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 357 s.

²⁵ Ancora M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 367.

nerare il metus sarebbe la stessa incertezza circa il regime applicabile»²⁶.

E sebbene poi, da parte di alcuni, sia sostenuto, invece, che sia anche proprio una tale condizione di incertezza riguardo il regime applicabile a valere nel senso della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro²⁷.

5. Segue. *Le prime due pronunzie dei giudici di legittimità sulla prescrizione dei diritti retributivi al cospetto del “nuovo” art. 18, l. n. 300/1970 e del d.lgs. n. 23/2015*

È dunque al cospetto del persistere di opzioni interpretative diversificate che si registra, da ultimo, l'intervento dei giudici di legittimità sulla questione della decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro, con la già citate due recenti loro prime pronunzie in argomento Cass. 6 settembre 2022, n. 26246 e Cass. 20 ottobre 2022, n. 30957.

Sentenze, queste, peraltro emesse da uno stesso Collegio giudicante all'esito di una medesima udienza, e che hanno comunque espresso entrambe il seguente identico principio di diritto: *«Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012, e del D.Lgs. n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto dell'art. 2948 c.c., n. 4, e art. 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro».*

Il tutto sulla scorta di un'articolata motivazione, largamente coincidente nelle due pronunzie, il cui tratto saliente è rappresentato dalla reputata non corrispondenza del livello di stabilità assicurato dalle odierne tutele *ex*

²⁶ Così, criticamente, A. TURSI, *op. cit.*, p. 320 s., opinando anche che l'assunzione di «una sorta di tipicità socio-normativa del metus» tenda a porsi peraltro in contraddizione con quanto affermato dalla Corte costituzionale e dalla stessa Corte di legittimità in ordine alla necessaria verifica, in relazione al singolo rapporto di lavoro, di una «effettiva situazione psicologica di “metus” del lavoratore». In argomento cfr. pure E. FIATA, *Prescrizione e stabilità del rapporto di lavoro dopo le riforme del regime sanzionatorio dei licenziamenti*, in VTDL, 2018, p. 608.

²⁷ Cfr. V. MAIO, *Stabilità cit.*, 558, nonché in giurisprudenza App. Milano n. 1352/2021 cit. Ma analogamente, sul punto, v. ora anche Cass. nn. 26246 e 30957/2022 citt.

l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015 a quel regime di c.d. “stabilità adeguata” ex art. 18 “vecchia formula” cui si è detto sopra essere riportata la possibile decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro, alla luce delle statuizioni in materia della Corte costituzionale e delle coincidenti determinazioni della Cassazione a Sezioni unite. Tanto più, osservano anche i giudici di legittimità, in considerazione dell’introdotta diversificazione sensibile delle medesime tutele, sempre ex l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015, tale da far risultare oggi pure incerta la stessa individuazione del regime sanzionatorio in relazione al singolo licenziamento: *«deve allora essere escluso, per la mancanza dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e soprattutto di una loro tutela adeguata, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, sia assistito da un regime di stabilità. Da ciò consegue ... la decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012»*²⁸.

Ora, il principio di diritto enunciato da Cass. nn. 26246/2022 e 30957/2022 è da condividere? E, comunque, quale ne risulta l’esatta portata?

In ogni caso, si può ritenere che sulla scorta del principio di diritto in parola la questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi trovi una soddisfacente sua definitiva soluzione?

Oppure, invece, è oggi da auspicare un intervento del legislatore di ridefinizione della disciplina in materia?

E, ad ogni modo, in che misura sono oggi individuabili margini per un possibile nuovo pronunciamento al riguardo da parte della Corte costituzionale?

6. *Il non rilevare di una c.d. “stabilità adeguata”, ai sensi del “nuovo” art. 18 e del d.lgs. n. 23/2015, ai fini della decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi*

Il principio di diritto enunciato da Cass. nn. 26246/2022 e 30957/2022 appare rispondente al dato normativo positivo così come risultante alla luce delle su richiamate pronunzie della Corte costituzionale in materia.

²⁸Così Cass. n. 26246/2022 cit. e, conf., Cass. n. 30957/2022 cit. Ma per una prima valutazione critica di tali pronunzie v. L. FOGLIA, *op. cit.*

Al fine della decorrenza o meno in costanza di rapporto di lavoro della prescrizione dei crediti di lavoro, infatti, permane a stretto rigore dirimente il criterio della “stabilità adeguata” stabilito dalla Corte costituzionale ad integrazione e comunque a modifica delle ipotesi di sospensione e in ogni caso non decorrenza *ex lege* della prescrizione di cui alla normativa generale codicistica.

Senza che sia ascrivibile un’efficacia modificativa di tale criterio ai mutamenti in sé della disciplina sanzionatoria in tema di licenziamenti *ex art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015*.

Quale fattore di discriminazione al riguardo è infatti stato indicato dalla Corte costituzionale, non già l’applicazione o meno dell’art. 18, l. n. 300/1970, né di un’altra determinata disposizione di legge, ma, piuttosto, un concetto di “stabilità adeguata” precisato dettagliatamente nelle sue caratteristiche e assunto in quanto tale dal Giudice delle leggi come idoneo a superare il *metus* del lavoratore di essere licenziato. Vale a dire, come visto sopra, la stabilità che è propria dei «*rapporti di pubblico impiego statali, anche se di carattere temporaneo*»²⁹ e comunque rilevante in «*in tutti i casi di sussistenza di garanzie che si possano ritenere equivalenti*», nonché quindi tale da far sì che, nell’ipotesi di sua illegittimità, sia assicurato «*l’annullamento dell’avvenuto licenziamento*» e «*la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*»³⁰.

Sicché è proprio in relazione a tali caratteristiche nelle quali è identificata la “stabilità adeguata” del rapporto di lavoro che va valutata l’idoneità del rinnovato impianto delle tutele in tema di licenziamenti, *ex art. 18, l. n. 300/1970 “nuova formula”* ed anche *ex d.lgs. n. 23/2015*, a poter continuare a consentire la decorrenza della prescrizione in costanza del medesimo rapporto di lavoro analogamente a quanto ritenuto generalmente in relazione all’art. 18 “versione originaria”³¹. Ove, cioè, al di là di una stessa comparazione in sé delle tutele *ex art. 18 “nuova formula”* ed *ex d.lgs. n.*

²⁹ Corte cost. n. 143/1969.

³⁰ Cfr. Corte cost. n. 174/1972 e, conf., successivamente, Corte cost. nn. 40, 41, 42, 43, 44 e 45/1979 citt.

³¹ Conf. O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 144. Diversamente, invece, A. MARESCA, *Sulla decorrenza*, cit., p. 216 ss.: che, in riferimento al mutato contesto normativo, sostiene infatti l’esigenza di un’interpretazione “adeguatrice” e che «*la domanda che l’interprete si deve porre ... è se la Corte costituzionale nel 1966 avrebbe o meno dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 2948, n. 4 cod. civ. avendo come punti di riferimento la complessiva disciplina in materia di licenziamento oggi vigente*».

23/2015 in relazione a tale “versione originaria” dell’art. 18, si tratta, invece, di dover piuttosto verificare l’effettiva corrispondenza, o meno, delle nuove tutele in parola al concetto di “stabilità adeguata” indicato al riguardo dalla Corte costituzionale.

È innegabile che l’art. 18 “nuova formula” e lo stesso d.lgs. n. 23/2015 non valgano ad assicurare garanzie equivalenti ai “rapporti di pubblico impiego statali” e comunque «*l’annullamento dell’avvenuto licenziamento*» e «*la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*»: in ragione del rimarcato odierno degradare della tutela reintegratoria da regola generale ad eccezione, cui si unisce anche una notevole limitazione dell’ambito di operatività di una medesima tutela risarcitoria “piena”. E tanto al netto delle motivazioni alla base dell’intervenuta modifica dell’art. 18 “versione originaria” ai sensi della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015.

Pur a fronte di tale modifica dell’art. 18 “versione originaria”, infatti, nulla di nuovo è stato previsto in ordine alla disciplina della prescrizione dei crediti retributivi come definita alla luce delle statuizioni della Corte costituzionale sulla scorta del concetto di “stabilità adeguata”. Sicché la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro permane *stricto iure* da negare appunto a fronte del non rilevare di un tale grado di “stabilità adeguata” del medesimo rapporto di lavoro tanto ai sensi dell’art. 18 “nuova formula” che del d.lgs. n. 23/2015.

Senza che possano incidere diversamente le osservazioni critiche che si è detto manifestarsi per più versi riguardo un’innegabile fragilità dello stesso criterio della “stabilità adeguata” in correlazione al c.d. *metus* del licenziamento, specie al cospetto del recente degradare delle tutele in tema di licenziamento.

Il vigente regime della prescrizione permane infatti obiettivamente inequivoco, indipendentemente dalle riserve avanzabili riguardo una natura asseritamente “manipolativa” del dettato legislativo o “creativa” di una nuova norma “non scritta” dell’operato della Consulta³².

Indi, almeno fino a quando non interverrà una sua eventuale modifica *ex lege* o comunque una sua censura in virtù di un eventuale nuovo intervento della Corte costituzionale, il criterio della “stabilità adeguata” va applicato così come determinato dalla Consulta. A prescindere da ogni valutazione riguardo la stessa intervenuta riduzione delle tutele rispetto all’art.

³² M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 357.

18 “versione originaria” (essendo peraltro notoriamente consentito al legislatore sostituire la tutela reintegratoria del licenziamento con altra forma di tutela, anche solo economica³³). Ove da doversi solo verificare è, piuttosto, se le nuove tutele, rispettivamente *ex art. 18* “nuova formula” e d.lgs. n. 23/2015, valgano effettivamente ad assicurare una “stabilità adeguata” in forma di «*completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*»³⁴.

A restare dirimente in proposito è, infatti, si ripete, il dato normativo positivo e, quindi, l’oggettiva inferiorità del grado di tutela assicurato dall’art. 18 “nuova formula” e dal d.lgs. n. 23/2015 rispetto al regime di “stabilità adeguata” al cui operare la Corte costituzionale ha riportato il possibile decorrere della prescrizione per i crediti retributivi già in corso di rapporto di lavoro.

Così come del resto confermato indirettamente anche da chi si esprime criticamente in ordine al medesimo criterio della “stabilità adeguata”, difatti opinando la necessità di «*un tempestivo intervento del legislatore o dei giudici costituzionali*» e riconoscendo che, in mancanza, «*l’orientamento destinato a prevalere in giurisprudenza finirà, molto probabilmente, per essere quello che predica la generale ed automatica applicazione del regime speciale della decorrenza della prescrizione che era stato “inventato” dai giudici costituzionali nel 1966*»³⁵.

7. La non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro per i soli diritti retributivi rientranti nella tutela *ex art. 36 Cost.*

La non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro permane in ogni caso circoscritta solo in riferimento ai diritti retributivi, e segnatamente a quelli rientranti nella «*speciale garanzia che deriva dall’art. 36 della Costituzione*»³⁶.

È infatti solo in relazione a tali diritti che, con la sua storica sentenza n. 63/1966, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità delle disposi-

³³ Come ribadito, da ult., anche da Corte cost. n. 194/2018.

³⁴ Cfr. in senso analogo V. MAIO, *Stabilità*, cit., p. 556.

³⁵ Ancora M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 361. Per valutazioni analoghe cfr. G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2022, p. 308 s.

³⁶ Corte cost. n. 36/1966 cit.

zioni generali codicistiche nella parte in cui consentivano la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro, appunto affermando che, benché «*il diritto alle prestazioni salariali può prescriversi, non tutto il regime della prescrizione è compatibile colla speciale garanzia che deriva dall'art. 36 della Costituzione*» e, considerato il sostanziale rilevare del mancato esercizio di un diritto quale una “rinuncia implicita”, nonché quindi richiamate le garanzie dell’ordinamento in tema di rinunzie e transazioni dei diritti del lavoratore *ex art. 2113 c.c.*, concludendo che «*la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione*»³⁷.

Senza che alcunché di differente sia stato stabilito in proposito dalle successive pronunzie della Consulta in tema di prescrizione dei diritti del lavoratore: tutte difatti essenzialmente riferite, per quanto qui interessa valutare, alla questione della delimitazione del principio della non decorrenza della prescrizione in riferimento ai rapporti di lavoro “non stabili”, senza in alcun modo modificare la statuata delimitazione ai soli diritti retributivi *ex art. 36 Cost.* dell’operare di detto principio come stabilito da Corte cost. n. 63/1966³⁸.

Onde l’odierna persistente limitazione della non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro ai soli diritti retributivi rientranti nella tutela dell’art. 36 Cost., e come tali inderogabili e al contempo altresì irrinunziabili anche ai sensi dell’art. 2113 c.c., nonché quindi, almeno in linea di principio, quelli che generalmente si reputa corrispondere ai trattamenti economici stabiliti dalla contrattazione collettiva.

È infatti nei trattamenti economici di cui alla contrattazione collettiva che per interpretazione consolidata è identificata la retribuzione minima inderogabile *ex art. 36 Cost*³⁹. E tanto più se si considera che recentemen-

³⁷ Così ancora Corte cost. n. 63/1966 cit.

³⁸ Cfr. Corte cost. nn. 143/1969, 174/1972, 40/1979, 41/1979, 42/1979, 43/1979, 44/1979 e 45/1979 citt. Cfr., in argomento, R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in *MGL*, 2018, p. 22 ss., nel senso di una valutazione critica del rilevare di un regime di tutela rafforzata in tema di decorrenza della prescrizione in relazione ai soli diritti retributivi e non anche in riferimento a «*tutta una serie di diritti aventi natura non retributiva, alcuni dei quali con rilevanza costituzionale (ad esempio, diritto alla salute)*».

³⁹ Cfr., ad esempio, tra le tante, Cass. nn. 896/2011, 26895/2009, 5139/2005, 16762/2003 e 3494/2003.

te, anzi, il c.d. “minimo costituzionale” ex art. 36 Cost. è di frequente ritenuto essere integrato anche al di sotto dell’integrale trattamento economico di cui al contratto collettivo, assumendosi non dover rientrare necessariamente in tale “minimo costituzionale” tutti gli emolumenti previsti dalla contrattazione collettiva in via ulteriore rispetto alla mera “retribuzione tabellare”⁴⁰.

Mentre anche ai sensi dello stesso art. 2113 c.c. (al quale, sia pure nella sua versione originaria, si è su rimarcato essere fatto richiamo precipuo da parte di Corte cost. n. 63/1966) è sancita l’indisponibilità dei diritti derivanti dalle disposizioni (oltre che della legge) della contrattazione collettiva, ma non, invece, dei diritti relativi a trattamenti migliorativi rispetto a quelli stabiliti dalla medesima contrattazione collettiva, che, infatti, si riconoscono essere disponibili da parte del lavoratore al di fuori dei vincoli dell’art. 2113 c.c.⁴¹, dovendosi convenire che *«tutto quello che va oltre la protezione minima garantita dalla legge o dalla contrattazione collettiva e deriva, invece, dalle pattuizioni fra le parti del rapporto, è nella disponibilità delle medesime parti individuali»*⁴².

Così, in specie, pertanto, per quanto concerne i diritti retributivi inerenti a tali trattamenti di miglior favore rispetto alla contrattazione collettiva, quale ad esempio un c.d. superminimo *ad personam*: che, appunto perché pattuiti in sede di contratto individuale in deroga *in melius* della retribu-

⁴⁰ «La valutazione di adeguatezza della retribuzione ai principi dettati dall’art. 36 Cost. non comporta il riferimento a tutti gli elementi e gli istituti contrattuali che confluiscono nel trattamento economico globale fissato dalla contrattazione collettiva, ma soltanto a quelli che concorrono alla formazione del detto minimo costituzionale, minimo che, quanto al rispetto della proporzionalità e adeguatezza della retribuzione, va riferito non già alle singole componenti della retribuzione, ma alla globalità di questa»: così Cass. n. 12624/2020, nonché, conf., Cass. nn. 11666/2022, 1756/2021, 944/2021.

⁴¹ Cfr., per tutte, Cass. n. 5655/1985; Cass. n. 794/1982; Cass. n. 2320/1981; Trib. Milano 10 dicembre 1997, in OGL 1997, 1023. Conf., in dottrina, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 22 s., nonché P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 606 e L.A. COSATTINI, *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. III, a cura di M. Miscione, Utet, Torino, 2007, p. 626.

⁴² Cfr. G. PERA, *op. cit.*, p. 22 s., che precisa anche che *«se la retribuzione dovuta per contratto collettivo è un milione e le parti convengono per un milione e mezzo, domani possono liberamente ridurre a un milione e trecentomila lire»*, opinando pure la possibile disposizione tacita del trattamento di miglior favore: *«se il lavoratore tollera, nella zona disponibile, la riduzione retributiva e, senza insorgere, continua nel rapporto ed accetta le buste paga meno pesanti, l’operazione è compiuta»*.

zione di cui alla contrattazione collettiva assunta come inderogabile *ex art.* 36 Cost., sono da ritenersi *stricto iure* non rientranti tra i diritti in relazione ai soli quali la Corte costituzionale, proprio ai sensi dell'art. 36 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni ordinarie del codice civile in tema di prescrizione nella parte in cui consentono che questa «decorra durante il rapporto di lavoro». Ciò, dunque, con ordinaria decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro per tali diritti in via generale e, comunque, anche nel caso di non applicazione di un regime di c.d. “stabilità adeguata”.

8. Decorrenza e durata della prescrizione dei crediti retributivi a fronte del mutare nel tempo delle tutele sui licenziamenti

Sotto altro verso, si rivela problematico stabilire, nell'ipotesi di venir meno dell'applicazione di un regime di “stabilità adeguata” in corso di rapporto di lavoro, se, all'atto della cessazione del medesimo rapporto di lavoro, la prescrizione inizi a decorrere *ex novo* per tutti i diritti per l'intero suo termine quinquennale (*ex art.* 2948, n. 4, c.c.) o anche annuale o triennale (rispettivamente, *ex artt.* 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c.), oppure se, invece, decorra solo per il tempo residuo rispetto all'eventuale periodo di prescrizione già trascorso quando il rapporto di lavoro risultava “stabile”.

È questo il caso, evidentemente, dei diritti retributivi inerenti a rapporti di lavoro pendenti alla data dell'entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92 (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* il 3 luglio 2012) e, come tali, assoggettati al regime di c.d. “stabilità adeguata” *ex art.* 18, l. n. 300/1970 “vecchia formula”, che, però, da allora in poi, si è visto essere divenuti non più “adeguatamente stabili”, in virtù dell'intervenuta modifica di tale art. 18 appunto ai sensi dell'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012. Ciò, segnatamente, riguardo quei diritti retributivi maturati nel quinquennio (o anche nell'anno o nel triennio, nei casi di cui, rispettivamente, agli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c.) precedente al 3 luglio 2012: in relazione ai quali va stabilito se, all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, il termine di prescrizione decorra per l'intero quinquennio (anno o triennio), oppure, invece, per la sola sua parte di tempo restante rispetto a quella già trascorsa fino al 3 luglio 2012 quando il rapporto di lavoro era “stabile” (*id est*, assoggettato all'art. 18 “vecchia formula”)⁴³.

⁴³ In argomento cfr., da ultimo, F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *LG*, 2022, p. 1160.

L'eventualità di una prescrizione in parte già decorsa e, poi, solo da esaurirsi per il suo tempo residuo a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro viene di fatto ad importare la sospensione del decorso della medesima prescrizione. Prescrizione che, infatti, così opinando, una volta iniziata a decorrere al cospetto di un regime di "stabilità adeguata" ex art. 18 "vecchia formula", resterebbe sospesa a partire dall'entrata in vigore del nuovo art. 18 (*id est*, come modificato ex l. n. 92/2012) e durante l'ulteriore svolgimento del rapporto di lavoro, per poi riprendere a decorrere solo per il suo tempo residuo una volta cessato detto rapporto di lavoro.

Ma quando, in realtà, si conviene riguardo la specificità e tassatività dei casi di sospensione della prescrizione della prescrizione così come indicati ex artt. 2941 e 2942 c.c.⁴⁴.

Senza che quindi sia configurabile *stricto iure*, in relazione all'ipotesi in parola del venir meno della c.d. stabilità adeguata ex art. 18 "vecchia formula", un caso ulteriore di sospensione della prescrizione, anche in pacifica mancanza di una previsione di legge in tal senso. Prescrizione che, pertanto, sempre nell'ipotesi in questione, all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, è allora in linea di principio da ritenere dover decorrere originariamente *ex novo* per l'intera sua durata.

Così come del resto confermato anche dalle richiamate recenti prime due sentenze della Corte di cassazione nn. 26246/2022 e 30957/2022 in argomento. Con i giudici di legittimità che, infatti, «*escluso ... che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, sia assistito da un regime di stabilità*», affermano che «*da ciò consegue, non già la sospensione, a norma dell'art. 2941 c.c. (per la tassatività delle ipotesi ivi previste e soprattutto per essere presupposto della sospensione la preesistenza di un termine di decorrenza della prescrizione che, esaurita la ragione di sospensione, possa riprendere a maturare), bensì la decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. n. 92 del 2012*»⁴⁵.

Ciò, in ogni caso, vale ripetere, in conformità al dato normativo positivo. E sebbene sia da riconoscere che, al riguardo, la limitazione del decor-

⁴⁴ Cfr., di recente, per tutte, Cass. nn. 996/2022 40104/2021 14193/2021. V., conf., in relazione alla prescrizione riferita a posizioni giuridiche inerenti al rapporto di lavoro subordinato, sempre per tutte, Cass. nn. 10828/2015, 15622/2001 e 12020/1998.

⁴⁵ Così Cass. nn. 26246/2022 e 30957/2022.

so della prescrizione dopo la cessazione del rapporto di lavoro al solo periodo restante rispetto a quello già trascorso quando il medesimo rapporto di lavoro risultava “stabile” ex art. 18 “vecchia formula” potrebbe valere quale soluzione di mediazione più equilibrata tra i contrapposti interessi in gioco: soluzione di mediazione, questa, che, tuttavia, sarebbe comunque da prevedersi mediante apposita disposizione di legge, allo stato mancante.

9. *Considerazioni conclusive sulla prescrizione dei diritti del lavoratore: l'eventualità di una sua ridefinizione ex lege; l'ipotesi (improbabile) di un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia*

Detto della sostanziale conformità al dato normativo positivo, così come risultante in virtù degli interventi della Consulta in materia, del principio di diritto enunciato dalla prime pronunzie dei giudici di legittimità nel senso della non decorrenza della prescrizione per i diritti retributivi in corso di rapporto di lavoro al cospetto dell'applicazione del “nuovo” art. 18, l. n. 300/1970 e del d.lgs. n. 23/2015, è tuttavia da chiedersi se, in adesione generale a un tale pronunciamento della Cassazione, troveranno composizione le diverse opzioni interpretative prospettate in proposito a fronte dell'intervenuto degradare delle tutele di cui all'art. 18 “vecchia formula”. Così come è più in generale da domandarsi se sempre nel solco delle odierne statuizioni dei giudici di legittimità l'intera tematica della prescrizione dei crediti retributivi possa trovare sistemazione soddisfacente, o se rispetto ad essa sia invece da auspicare un intervento del legislatore, oppure anche sia prevedibile una nuova pronunzia della stessa Corte costituzionale.

Stante la rilevata obiettiva non rispondenza delle tutele in tema di licenziamento ex “nuovo” art. 18 e d.lgs. n. 23/2015 al parametro della c.d. “stabilità adeguata”, come stabilito dalla Consulta, è ragionevolmente da ritenere che, *rebus sic stantibus*, il principio di diritto enunciato da Cass. nn. 26246/2022 e 30957/2022 sia destinato a consolidarsi nelle successive pronunzie dei giudici di legittimità e, quindi, alla luce della funzione nomofilattica da loro esplicata, anche nella giurisprudenza di merito.

Senza che possa tuttavia negarsi, sia pure *de iure condendo*, l'obiettiva utilità che comunque potrebbe avrebbe un intervento del legislatore di ridefinizione della materia⁴⁶, a distanza ormai di cinquantasei anni dalla cen-

⁴⁶Un intervento legislativo in argomento è auspicato, tra gli altri, con toni variegati, da:

sura delle norme codicistiche da parte della Corte costituzionale con la sua sentenza n. 63/1966: quale riassetto organico della regolamentazione in tema di prescrizione dei diritti retributivi delineatasi in via progressiva e per stadi successivi, in virtù delle su richiamate susseguenti pronunzie del Giudice delle leggi⁴⁷, in difetto di un disegno di sua sistemazione organica, e comunque anche a superamento delle problematicità insite nel concetto di “stabilità adeguata” e di alcune indubbie singolarità ad esso sottese⁴⁸.

Tanto più che, come visto, è stato lo stesso legislatore ad incidere radicalmente su ambito di applicazione e portata dell’impianto regolamentare in tema di prescrizione come delineato dalla Consulta sulla scorta del parametro della c.d. stabilità adeguata: nel momento in cui, in virtù del sopraggiungere del “nuovo” art. 18, l. n. 300/1970 (*ex art. 1, comma 42, l. n. 92/2012*) e del d.lgs. n. 23/2015, la decorrenza della prescrizione per i diritti retributivi in corso di rapporto di lavoro è risultata di fatto esclusa per la pressoché totalità dei lavoratori subordinati, a parte i dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

È indubbiamente singolare che la questione della prescrizione dei diritti retributivi non sia stata in alcun modo considerata nel momento in cui si è andati a ridurre sensibilmente portata protettiva e ambito applicativo dell’art. 18 “vecchia formula”. Fatto sta che la ridefinizione delle tutele in tema di licenziamento, in sede di c.d. legge Fornero e di decreti attuativi del *Jobs Act* (cfr. ancora, rispettivamente, art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015), costituisce un’occasione inspiegabilmente mancata da parte del legislatore per provvedere ad un riassetto della disciplina sulla

C. CESTER, *Le tutele*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. V (a cura di E. Gagnoli), *L’estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Wolters Kluwer Padova, 2017, p. 888; A. MARESCA, *Il nuovo regime cit.*, 454; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 22 ss.; M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 361; F.M. PUTATURO DONATI, *op. cit.*; C. PISANI, *op. cit.*, p. 48; A. TURSI, *op. cit.*, p. 321 ss.

⁴⁷ Cfr. ancora Corte cost. nn. 63/1966, 143/1969 e 174/1972, nonché le successive pronunzie della Consulta su richiamate.

⁴⁸ È il caso, ad esempio, anche prima della riforma dell’art. 18, l. n. 300/1970 *ex l. n. 92/2012* e d.lgs. n. 23/2015, della non decorrenza in via generale della prescrizione in coesistenza di rapporto di lavoro dei prestatori di lavoro appartenenti alla categoria apicale dei dirigenti, solo perché esclusi dall’applicazione dello stesso art. 18 (cfr., per tutte, Cass. nn. 9968/2003, 9137/1997 e 2058/1996). E ciò benché in linea di massima aventi maggiore “forza contrattuale” e meno bisognosi di altri lavoratori, anche di basso livello d’inquadramento, viceversa assoggettati al decorso della prescrizione in corso di rapporto di lavoro giacché rientranti nel campo di applicazione dell’art. 18 “vecchia formula”, nonché, d’altro canto, pure al cospetto della prefigurazione in via generale in favore dei dirigenti, da parte della contrattazione collettiva, di tutele oggettivamente consistenti in tema di licenziamento.

prescrizione dei diritti retributivi e comunque per così riappropriarsi delle sue prerogative normative in materia, dalle quali risulta in concreto deprivato dalla risalente censura delle disposizioni codicistiche in proposito da parte di Corte cost. n. 63/1966.

È innegabile, invero, anche al cospetto del profondamente mutato contesto normativo di riferimento, peraltro non solo in tema di licenziamenti, che una riconsiderazione generale *ex lege* della tematica della prescrizione dei diritti del lavoratore potrebbe rivelarsi per più versi opportuna.

A prescindere dalle possibilità concrete di un effettivo intervento del legislatore in proposito, è infatti da convenire come appaia riduttivo che ogni questione in materia di prescrizione sia riportata all'unico parametro-criterio di distinzione della c.d. stabilità adeguata, e, quindi, per quanto oggi confermato da Cass. nn. 26246/2022 e 30957/2022, ad un regime di protezione la cui applicazione, ai sensi della rinnovata normativa sui licenziamenti, risulta oggi esclusa per la generalità dei lavoratori subordinati, eccetto i soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni (cfr. art. 18 “nuova formula” e d.lgs. n. 23/2015).

Come appare d'altro canto parimenti da valutare, sempre in tema di prescrizione, la congruenza della stessa prospettazione di una persistente linea di netta demarcazione, anzitutto all'interno dei diritti retributivi, a seconda del loro rientrare o meno nell'ambito della tutela costituzionale *ex art. 36 Cost.*, oltreché in relazione ai diritti non retributivi: con esclusione della decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro solo per i diritti retributivi *ex art. 36 Cost.*, e non, invece, per agli altri diritti retributivi⁴⁹ e per i diritti non retributivi.

Al di là dell'odierna marginalizzazione del regime della c.d. “stabilità adeguata”, come individuato dalla Consulta, e comunque delle tutele per lui accessibili in tema di licenziamento, è evidente infatti che il lavoratore possa scontare una condizione personale di debolezza di carattere generale e per molteplici ragioni, anche in considerazione del recente ampliamento, per più versi, degli spazi di esercizio dei poteri datoriali. Così, ad esempio, in tema di *ius variandi*, oggi esplicabile nell'ambito dell'intero livello di inquadramento del prestatore, anche con possibile estensione alle mansioni del livello inferiore, senza contare la oggi pure consentita pressoché illimitata possibilità di revisione al ribasso di mansioni, inquadramenti e livelli retributivi mediante i c.d. “accordi di demansionamento” (cfr., rispettivamente, commi 1, 2 e 6, art. 2103 c.c., come modificato *ex art. 3, d.lgs. n.*

⁴⁹ Su cui v. *supra*, par. 7.

81/2015). Ma analogamente anche in materia di controlli “a distanza”, in ragione dell’ampliamento delle motivazioni legittimanti l’utilizzo di strumentazioni con potenzialità di controllo a distanza, dell’esenzione dal previo accordo sindacale e anche dall’autorizzazione amministrativa per gli strumenti di lavoro e le apparecchiature di controllo degli accessi e delle presenze, della prevista utilizzabilità «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» delle informazioni in tal senso raccolte, con la corrispondente possibile maggiore intrusione anche nella sfera personale del prestatore, sia pure con la limitazione della necessaria adeguata informazione preventiva di esso prestatore di lavoro e della prescritta osservanza della normativa sulla tutela della privacy (art. 4, l. n. 300/1970, come modificato *ex art.* 23, d.lgs. n. 151/2015).

A rilevare sono d’altra parte, poi, diritti del lavoratore che, pur non rientranti nella tutela *ex art.* 36 Cost., sono comunque espressione di posizioni fondamentali del medesimo lavoratore, anche di segnato rilievo costituzionale, giacché riguardanti, ad esempio, la salute, la dignità, la professionalità, nonché svariati diritti e interessi inerenti alla persona che appare semplicistico reputare assoggettati a priori ad un regime prescrizione de-
teriore rispetto ai diritti retributivi *ex art.* 36 Cost.

Sicché da assicurare è piuttosto un ragionevole punto di equilibrio tra le fondamentali esigenze di certezza del diritto notoriamente alla base dell’istituto della prescrizione e le comunque ineludibili esigenze di protezione del lavoratore subordinato, ma appunto in relazione alla sua posizione complessiva di parte debole del rapporto di lavoro⁵⁰ e, dunque, non solo in riferimento al suo possibile timore di essere licenziato. Punto di equilibrio che il legislatore è deputato a determinare discrezionalmente al passo con i tempi, calibrando le esigenze di protezione del lavoratore subordinato in corrispondenza al generale contesto normativo vigente, comunque nel rispetto e in congruo contemperamento dei contrapposti valori e interessi in gioco. Così come è ipotizzabile, ad esempio, in virtù della possibile previsione della non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro per tutti i diritti del prestatore, a fronte però di una coeva sensibile riduzione dell’attuale termine quinquennale di prescrizione per i diritti retributivi e parimenti, sia pure con qualche possibile ragionevole variazione, per gli altri diritti del prestatore⁵¹.

⁵⁰ Anche perché ad ostacolo della rivendicazione dei diritti del lavoratore possono rilevare «*provvedimenti diversi dal recesso, ma altrettanto incisivi (ad esempio, trasferimenti, mutamenti di mansioni, politiche remunerative, ecc.)*»: così R. FABOZZI; *op. cit.*, p. 23.

⁵¹ Cfr. conf., da ultimo, A. TURSI, *op. cit.*, p. 322 s., sulla scorta del richiamo a risalenti

Ma ciò, ovviamente, allo stato, solo *de iure condendo*, non risultando elementi concreti, ad oggi, nel senso di un intervento a breve del legislatore in materia.

Al contempo, riguardo la normativa vigente in tema di prescrizione dei diritti retributivi, paiono comunque residuare margini ristretti rispetto all'ipotesi di una nuova pronunzia della Corte costituzionale.

La rimarcata indiretta estensione della non decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi in corso di rapporto di lavoro in senso pressoché generalizzato, eccetto i lavoratori delle pubbliche amministrazioni, *ex* “nuovo” art. 18, l. n. 300/1970 e d.lgs. n. 23/2015, pur rilevando ad oggettivo svantaggio per i datori di lavoro, non pare infatti poter valere a determinare una violazione della libertà di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., né di altro valore costituzionale, viceversa prefigurandosi quale legittimo esercizio delle prerogative discrezionali del legislatore nel rispetto dei canoni costituzionali.

Ciò già in sé, trattandosi appunto del mero differimento a dopo la fine del rapporto di lavoro della decorrenza della prescrizione dei debiti retributivi che il datore di lavoro è tenuto ad adempiere. E specie se si considera che, ad oggi, non è mai stata revocata in discussione la rispondenza all'art. 41 Cost. e ai dettami costituzionali in genere della non decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi nei confronti degli imprenditori e datori di lavoro aventi dimensioni occupazionali inferiori rispetto ai parametri cui era riportato l'applicazione del “vecchio” art. 18, l. n. 300/1970: in termini che, quindi, come tali, è oggi da ritenere tanto più confermati per imprenditori-datori di lavoro di dimensioni superiori, a fronte della sopravvenuta estensione anche nei loro confronti del medesimo regime prescrizione *ex* “nuovo” art. 18 e d.lgs. n. 23/2015, giacché in linea di massima senz'altro maggiormente in grado di farsi carico della normativa meno favorevole in parola rispetto ad imprenditori-datori di dimensioni inferiori.

Sicché a mancare ragionevolmente sono gli stessi presupposti per una possibile rimessione della questione alla Consulta.

Mentre, infatti, a fondamento dei successivi interventi della Corte costituzionale degli anni '60 e '70 in relazione all'originaria disciplina codicisti-

proposte legislative e alle *Osservazioni e proposte sulla legislazione sul rapporto di lavoro* del CNEL del 5 giugno 1985: che difatti ipotizza una «generalizzata sospensione della prescrizione lavoristica per tutti i diritti dei lavoratori (e non solo per quelli retributivi)» ma al cospetto della «drastica abbreviazione (a un anno) del relativo termine di prescrizione».

ca in tema di prescrizione dei diritti retributivi è notoriamente rilevata la necessità di suo adeguamento ai dettami dell'art. 36 Cost., in relazione all'odierna disciplina vigente, invece, non pare risultare una violazione dell'art. 41 Cost, né comunque una necessità di suo adeguamento ad altra disposizione costituzionale tale da legittimare l'eventualità di nuovo intervento della Corte costituzionale in materia.

INSTABILITÀ DEL RAPPORTO E PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI DOPO L'INTERVENTO NOMOFILATTICO DELLA CASSAZIONE

Edoardo Ghera *

1. – Una considerazione preliminare: l'istituto della prescrizione nel rapporto di lavoro si conferma materia e tema di discussione devoluto – per così dire – alla giurisprudenza.

La questione ai tempi era stata sollevata sotto il profilo della indisponibilità o meno del diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente garantito in Costituzione.

Le storiche sentenze pronunziate dalla Corte costituzionale tra il 1966 e il 1972 hanno infatti inventato (creato) due regole fondamentali: la prima (sent. n. 63/1966) secondo cui per i crediti di natura retributiva il decorso della prescrizione quinquennale (art. 2945 c.c.) è impedito (**non sospeso**) nel corso del rapporto dal timore del licenziamento; la seconda per cui l'impedimento predetto al decorso della prescrizione non opera quando il rapporto di lavoro sia dotato della stabilità o c.d. **forza di resistenza** (sentenza n. 143/1969: era il caso degli impiegati dello stato e in genere delle P.A.).

Il cerchio si chiude con lo statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970). Nella sentenza n. 174/1972 scritta da C. Mortati, si ribadisce che la causa impeditiva (*non sospensiva*) del decorso dipende dalla stabilità del rapporto e questa viene qualificata dalla correlazione necessaria tra la predeterminazione oggettiva delle causali del licenziamento legittimo e la reintegrazione del posto di lavoro a sanzione del licenziamento illegittimo. Pertanto è la sanzione reintegratoria a qualificare la stabilità del rapporto. L'insegnamento della Corte Costituzionale è stato accolto senza riserve e costantemente dalla Suprema Corte di Cassazione. (Ad integrazione di queste

*Professore emerito – Università di Roma “Sapienza”.

sommario proposizioni mi permetto di rinviare a E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 1, 2008, p. 3).

2. – Le cose cambiano con le riforme dell’art. 18 St. Lav. e ancora di più con l’introduzione del c.d. *jobs act*. Viene meno infatti la correlazione necessaria tra la cancellazione del *metus* del licenziamento e la tutela reintegratoria.

In proposito la Suprema Corte con sentenza n. 26246/2022 riassume ancora una volta l’*iter* della propria giurisprudenza e conclude riaffermando la regola della necessaria correlazione tra illegittimità del licenziamento e sanzione reintegratoria. Pertanto, ha negato che l’impedimento al decorso della prescrizione in corso del rapporto trovi applicazione non solo al contratto di lavoro c.d. a tutele crescenti ma anche ai rapporti di lavoro sottoposti al c.d. rito Fornero (applicazione del nuovo art. 18 St. lav.).

Secondo la Cassazione – anche dopo le importanti correzioni introdotte dalla Corte Costituzionale (sent. n. 125/2022 che ha introdotto la tutela reintegratoria in tutti i casi di licenziamento per g.m.o.) – il nuovo art. 18 non assicura il regime di stabilità necessario all’impedimento della prescrizione. Infatti la norma dell’art. 18 come rivisitata dal legislatore del 2012, non assicurerebbe al lavoratore la “oggettiva precognizione” delle conseguenze ripristinatorie (c.d. tutela reale) e non meramente indennitarie-compensative (c.d. tutela obbligatoria) del licenziamento illegittimo (v. sul punto n. 7.1, parte finale sentenza. Si v. anche punto n. 8 laddove si afferma che ai fini del decorso della prescrizione in corso di rapporto si richiede che la reintegrazione non soltanto sia **ma appaia** la sanzione “contro ogni illegittima risoluzione” nel corso dello svolgimento in fatto del rapporto di lavoro. Diversamente si avrebbe il *metus* del lavoratore per le sorti del rapporto e in particolare il *metus* del licenziamento ove intenda far valere il proprio credito). In conclusione, deve essere escluso, per la mancanza di presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e soprattutto di una loro tutela adeguata, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato – così come regolato per effetto della l. n. 92/2012 e poi del d.lgs. n. 23/2015 – sia assistito da un regime di stabilità. In sintesi nel difetto di una effettiva e generalizzata stabilità del rapporto di lavoro si lascia spazio all’impedimento del decorso della prescrizione secondo il risalente insegnamento della Corte costituzionale.

3. – Come si vede, la nuova giurisprudenza della Cassazione con la sentenza n. 26246/2022 apporta una vera e propria rivoluzione nel regime della prescrizione dei diritti retributive del lavoratore. Si ripresenta l'onere per il datore di lavoro di conservare – in molti casi per un periodo anche lungo – la documentazione a riprova dei pagamenti effettuati. Mi sembra tuttavia che il nuovo orientamento dei giudici, non sia di per sé sufficiente ad inserirsi nel consolidato diritto vivente in tema di prescrizione e lavoro. Infatti non sembra dare adeguato conto delle differenze in tema di licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro che pure sussistono tra il regime dell'art. 18 modificato dalla legge Monti-Fornero e il regime delle tutele previsto dal *Jobs Act* (d.lgs. n. 23/2015).

Per il *jobs act* non si può configurare alcun tipo di stabilità c.d. reale per il nuovo art. 18 si può prospettare una soluzione diversa. A mio sommo parere, la ricostruzione pur così riccamente argomentata dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 26246/2022 è opinabile. È certamente vero che il legislatore del 2012 ha avuto una visione recessiva della tutela reintegratoria ma ciò non è sufficiente a cancellarne gli effetti sul versante della prescrizione. Nei rapporti esistenti sino al 7 marzo 2015 l'art. 18 continua ad applicarsi a beneficio del lavoratore ingiustamente licenziato e questo vale tanto più dopo che la Corte costituzionale con la sentenza n. 125/2022 ha reintrodotta la tutela reintegratoria come necessaria anche nel caso del giustificato motivo oggettivo.

4. – Le conseguenze della nuova giurisprudenza comportano: a) l'azzeramento, alla data di entrata in vigore della l. 28 giugno 2012, n. 92 del decorso della prescrizione dei crediti maturati in precedenza. Quindi il lavoratore potrà agire per l'adempimento dei propri crediti retributivi maturati fino a 5 anni prima di tale data; b) l'estensione a tutti i datori di lavoro privati – e non più soltanto ai “piccoli” – della regola della non decorrenza (impedimento della prescrizione in corso del rapporto). Ciò equivale ad unificare il regime della prescrizione per tutti i lavoratori “privati”. Resta quindi confermato che la disciplina della non decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi rimane dunque come già nel 1966 di natura extra-legislativa.

Può inoltre essere utile riflettere sull'effettivo impatto tra la prescrizione e le nuove dinamiche del mercato del lavoro. In primo luogo va considerata la crescente diffusione dei contratti a tempo determinato anche in assenza di una specifica causalità alla apposizione del termine. Orbene, l'apposizione del termine costituisce di per sé una garanzia di stabilità tempora-

nea per il lavoratore, per un verso; per altro verso il timore del mancato rinnovo del contratto o della mancata assunzione a tempo indeterminato costituisce una evidente causa di soggezione del lavoratore. In definitiva il ricatto dell'occupazione può (dovrebbe) essere considerato un fattore di *metus* assimilabile e perfino più grave del timore del licenziamento che determina l'impedimento alla prescrizione dei crediti retributivi al lavoratore. Sono casi in cui la prescrizione non dovrebbe poter essere eccepita dal datore di lavoro.

5. – Altro fenomeno rilevante è la diffusione delle co.co.co. ormai direttamente previste dal legislatore (art. 2, d.lgs. n. 81/2015) e all'interno delle quali può indubbiamente configurarsi il timore dell'interruzione o comunque della non rinnovazione del contratto. Attualmente nelle collaborazioni continuative e coordinate vige la regola della decorrenza in costanza di rapporto salve le ipotesi di accertamento di *ex post* della natura subordinata del rapporto. Vi è quindi materia per un eventuale intervento chiarificatore del legislatore ad esempio estendendo la regola della non decorrenza a tutti i rapporti di lavoro autonomo continuativo purché non di natura professionale o agenziale.

Ulteriore punto critico si rinviene in rapporto alle dimensioni dell'impresa ed alla loro variabilità. Il regime "mobile" (su base numerica degli addetti) della stabilità importa che nel corso del medesimo rapporto vi siano periodi di decorrenza o in alternativa periodi di non decorrenza. Tutto questo perde importanza con la generalizzazione dell'impedimento al decorso della prescrizione.

6. – Occorre, infine, riflettere sulla possibilità – e le relative prospettive – di riforma legislativa. In proposito, bisogna dire che dal 1966 in poi, per oltre sessanta anni la disciplina della prescrizione non ha avvertito necessità di interventi legislativi essendo rimasta nell'orbita del c.d. "diritto vivente". Tuttavia, esigenze di certezza potrebbero suggerire un possibile intervento: la esplicitazione per legge dell'attuale regime di "non decorrenza" accompagnata dalla previsione di una norma che fissi al lavoratore un termine di decadenza dalla cessazione del rapporto entro il quale rivendicare il pagamento dei crediti maturati. Questo allo scopo di evitare che le relative domande siano proposte all'ultimo momento (fine del quinquennio).

DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO E REGIMI DI TUTELA DEL POSTO DI LAVORO

*Francesco Santoni**

1. – Con le recenti sentenze nn. 26246/2022 e 30957/2022, la Corte di Cassazione ha accolto l'orientamento maggiormente garantista nei confronti della posizione soggettiva del lavoratore, stabilendo che per i crediti retributivi di lavoro non prescritti alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012 (c.d. legge Fornero), avvenuta il 18 luglio 2012, il termine di prescrizione quinquennale debba decorrere dalla data di cessazione del rapporto di lavoro¹.

Per tali motivi, pur con tutte le incertezze sulla possibilità di formulare una soluzione univoca, la Suprema Corte ha ripristinato integralmente le premesse sulle quali si fondava la sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 1966, n. 63, che aveva dichiarato l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2596, n. 1, c.c., stabilendo appunto che la prescrizione dei crediti del lavoratore subordinato non potesse decorrere in costanza del rapporto ma solo dopo la sua cessazione².

La Corte costituzionale aveva rilevato a suo tempo, l'irrinunciabilità del diritto alla retribuzione sancita nell'art.36 Cost. e considerato che, in penenza del rapporto e soprattutto a causa del timore del licenziamento, l'inerzia del lavoratore poteva essere equiparata, da un punto di vista sostanziale, ad una vera e propria rinuncia determinata da una situazione di inferio-

*Professore emerito di Diritto del lavoro – Università di Napoli “*Federico II*”.

¹Per un primo ampio commento v. V.A. POSO, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei dipendenti privati dalla cessazione del rapporto di lavoro non garantito dalla generalizzata applicazione della stabilità reale supera la prova della cassazione*, in *Labor*, 2022, p. 1 ss.

²In *FI*, 1966, I, c. 385, e in *GCost*, 1966, p. 942.

rità psicologica, ritenne illegittime per contrasto con l'art. 36 Cost. quelle norme che da tale inerzia-rinuncia facevano derivare effetti preclusivi di ogni successiva rivendicazione³.

In tal modo, la Corte costituzionale, facendo leva sull'irrinunciabilità dei diritti retributivi, dichiarò illegittimo il differimento del termine alla cessazione del rapporto di lavoro, introducendo di fatto una causa di impedimento al decorso della prescrizione non prevista dalla legge⁴, o di imprescrittibilità temporanea⁵.

La sentenza della Corte costituzionale suscitò, come è noto, una vasta eco soprattutto per le sue notevoli implicazioni pratiche, anche se si dubitò della correttezza formale del suo operato, poiché l'ordinanza di remissione riguardava la costituzionalità delle norme sulla prescrittibilità dei crediti salariali e non la legittimità della norma contenuta nell'art. 2935 c.c., secondo la quale la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

La Corte costituzionale, tuttavia, cogliendo una disarmonia nell'impianto codicistico fra le diverse disposizioni sulla decorrenza della prescrizione e l'art. 2113 c.c., introdusse, *ope iudicis*, una deroga ascrivendo l'effetto impeditivo della decorrenza a quello altrimenti considerato un ostacolo di mero fatto quale il timore del licenziamento che, stando alla regola, non vieta né l'esercizio della pretesa né il decorso della prescrizione. Il carattere singolare della soluzione fu ravvisato pertanto nella fonte non legislativa, quale una sentenza interpretativa di accoglimento della Corte costituzionale, e più ancora negli imprevedibili sviluppi che ne sono derivati.

È noto che la stessa Corte, con le successive sentenze 20 novembre 1969, n. 143 e 29 aprile 1971, n. 86, nel riesaminare la questione, ha ritenuto inapplicabile l'invalidazione delle norme codicistiche statuita con la sentenza n. 63/1966 ai pubblici dipendenti in genere e ai dipendenti degli enti pubblici economici, in considerazione del regime di stabilità del posto di lavoro contro gli atti di risoluzione illegittima⁶ e infine, con la sentenza 12

³ V. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 134 ss.

⁴ V. A. DI MAJO, *Tradizione codicistica e norme costituzionali nella prescrizione dei diritti del lavoratore*, in RGL, 1974, I, p. 441 ss.

⁵ V. F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti del lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 351 ss.

⁶ V. E. GHERA, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in GCost, 1971, p. 989 ss.

dicembre 1972, n. 174, a tutti quei dipendenti privati ai quali era garantita la stabilità reale del posto di lavoro⁷.

In tal modo, la Corte operò una netta inversione interpretativa rispetto all'iniziale orientamento della sentenza n. 63, facendo rivivere la regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto qualora il lavoratore fosse stato adeguatamente garantito nei confronti del potere di licenziamento del datore di lavoro⁸.

Sul piano più generale, considerata la reviviscenza di norme precedentemente ritenute incostituzionali, si è posta la questione della superabilità di una sentenza interpretativa da parte di un'altra della stessa natura, dandosi rilievo alle motivazioni espresse dalla Corte che fungono da strumento integrativo delle norme del codice civile e, pertanto, conferiscono a queste decisioni un significato differente rispetto a quello delle sentenze che comportano l'annullamento testuale di una norma e ne impongono l'eventuale ripristino formale per via legislativa.

Si affermò in proposito che la Corte non aveva mai formalmente annullato le norme codicistiche sulla prescrizione dei crediti di lavoro, ma ne aveva piuttosto, in successive occasioni, manipolato solo il significato normativo per cui, essendo rimasta inalterata la testuale formula legislativa, risultava possibile fornire giustificazione al succedersi di indirizzi interpretativi di portata diversa⁹. Altri, invece, hanno negato una simile conclusione sulla base dell'effetto costitutivo del dispositivo di accoglimento delle sentenze della Corte, escludendosi la possibilità di una sostituzione con un dispositivo difforme¹⁰.

Ma questo rilievo, preclusivo di ogni adeguamento della pronuncia di incostituzionalità ad ulteriori sviluppi della realtà socio-economica, non

⁷ Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *GCost*, 1972, 2, p. 108 ss., con nota di P. SAITA, *Un presunto ripensamento della Corte costituzionale in tema di prescrizione dei crediti di lavoro: validità «sopravvenuta» o esatta individuazione delle norme a suo tempo invalidate?*; con nota di S. FILIPPI, *Prescrizione dei diritti salariali del prestatore e «stabilità reale» del rapporto di lavoro: inversione di tendenza della Corte costituzionale*, in *RDL*, 1973, II, p. 30; nota particolarmente critica di L. VENTURA, *Corte costituzionale e prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni*, in *RGL*, 1973, II, p. 19 ss.

⁸ V. E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, a cura di R. SCOGNAMIGLIO, Esi, Napoli, 2006, p. 386 ss.

⁹ V. G. BRANCA, *Lavoro, prescrizione, giurisprudenza costituzionale*, in *RGL*, 1974, I, p. 253 ss.

¹⁰ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 237 ss.

sembra tener conto che la stessa sentenza n. 63/1966 aveva condizionato il proprio risultato interpretativo ad una ben determinata situazione di fatto che si basava, in realtà, su di una *ratio* politica più che su presupposti tecnico-formali: con la conseguenza che essendo successivamente mutato il contesto normativo era stato possibile alla Corte allontanarsi dalla sua originaria impostazione.

In altri termini la Corte aveva risolto diversamente il quesito se, per effetto delle innovazioni legislative sopravvenute con la legge sui licenziamenti individuali e con lo statuto dei lavoratori, non fosse venuto meno il timore del licenziamento che poteva indurre il lavoratore a rinunciare a far valere i propri diritti durante la decorrenza del rapporto di lavoro.

La questione della prescrizione dei crediti di lavoro si è attestata così, per lunghi anni, sulla conclusione che ha sviluppato l'argomento di fondo espresso originariamente dalla Corte costituzionale, secondo cui se il lavoratore ha motivo di nutrire il timore del licenziamento perché il suo rapporto non è dotato di stabilità in tal caso si determina un impedimento alla decorrenza della prescrizione o, se si vuole, una imprescrittibilità temporanea dei suoi crediti fino cessazione del rapporto¹¹. Qualora invece tale timore non sussista perché si applicano le tutele contro il licenziamento, allora la prescrizione decorre secondo la regola generale posta dall'art. 2935 c.c. anche in costanza di rapporto e non vi è alcun differimento del termine¹².

Quanto alla nozione di stabilità, secondo l'orientamento consolidatosi con la sentenza delle Sezioni Unite della S.C. 12 aprile 1976 n. 1268¹³, è stata pacifica l'opinione che la stabilità del rapporto di lavoro fosse assicurata dal concorso di due condizioni: sul piano sostanziale, che la legge subordini la legittimità e l'efficacia del licenziamento alla sussistenza di circostanza obiettive e predeterminate; sul piano della tutela dei diritti, che il giudice abbia la possibilità del controllo di tali circostanze e possa rimuovere con sentenza gli effetti del licenziamento illegittimo¹⁴.

¹¹ O. MAZZOTTA *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, 2, p. 1 ss.

¹² V. R. SCOGNAMIGLIO, *La prescrizione dei crediti di lavoro nella più recente giurisprudenza*, in *MGL*, 1976, p. 786 ss.

¹³ Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976 n. 1268, in *MGL*, 1976, p. 190 ss., con nota di G. TAMBURRINO, *Nuove osservazioni sulla prescrizione dei diritti dei lavoratori e sulla sua decorrenza nel corso del rapporto*.

¹⁴ V., per tutti, O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche*

Più in particolare, si è affermato nel tempo il principio che la prescrizione decorra in costanza del rapporto di lavoro quando si applichi la tutela dei licenziamenti individuali a suo tempo introdotta con l'art. 18, l. n. 300/1970, a nulla rilevando che l'eventuale sentenza di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro sia ritenuta insuscettibile di esecuzione in forma specifica. Coerente con tale premessa è la conseguenza che non vi sia differimento del *dies a quo* pure nei rapporti garantiti da stabilità per effetto di discipline diverse da quelle del diritto del lavoro privato, o in quei rapporti solo in parte regolati dalle norme del codice civile. Del pari, si è ammesso il differimento del termine prescrizionale tutte le volte in cui il rapporto non è garantito da stabilità, come ad esempio nelle ipotesi di recesso *ad nutum*, e quindi anche per i dirigenti, ovvero in ipotesi dette di «*instabilità putativa*», nelle quali sul regime reale astrattamente applicabile contro il licenziamento prevale l'indagine sulla concreta condizione di timore del lavoratore idonea ad impedire comunque il decorso della prescrizione in costanza di rapporto. In proposito, le applicazioni giurisprudenziali riguardano rapporti accertati *ex post* come assoggettati all'art. 18 ma apparentemente instabili, nel corso dei quali, ai fini della prescrizione, conta la situazione di fatto e non quella di diritto: così, in ipotesi di lavoro fluttuante, a fronte del quale sia incerta la consistenza dell'organico dell'impresa; in ipotesi di lavoro irregolare c.d. in nero; con riferimento a contratti solo formalmente di lavoro autonomo, poiché diversamente i compensi dei lavoratori autonomi, anche parasubordinati, si prescrivono normalmente nel corso del rapporto non essendo assimilabili alla retribuzione dei lavoratori dipendenti¹⁵.

2. – In tale consolidato contesto interpretativo è sopravvenuta poi la modifica della disciplina dei licenziamenti individuali, con il superamento dell'originaria unitarietà della tutela reale, che la l. n. 300/1970 riconosceva ad ogni ipotesi di invalidità del licenziamento, nullo, inefficace o annullabile.

Così, in seguito all'emanazione della l. 28 giugno 2012, n. 92, e del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 è stata introdotta una più articolata disciplina dei licenziamenti caratterizzata dall'affievolimento della tutela reale del po-

della stabilità, in LD, 2007, p. 541 ss.; per un riepilogo dei diversi orientamenti, v. altresì, V. VALENTINI, *Licenziamento e reintegrazione. Il dialogo tra giurisprudenza e dottrina*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 87 ss.

¹⁵ V. diffusamente P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, p. 638 ss.

sto e dalla prevalenza della tutela indennitaria applicabile dal giudice, facendo degradare la tutela reintegratoria ad ipotesi particolari¹⁶.

Di fronte a siffatti mutamenti legislativi, dapprima la giurisprudenza di merito e ora quella di legittimità hanno sollevato l'interrogativo della loro incidenza sul regime della decorrenza dei termini prescrizionali in materia di lavoro, dubitandosi che persistano ancora i presupposti richiesti a suo tempo dalla Corte costituzionale per rimuovere la situazione psicologica legata al timore del licenziamento. Si è evidenziato in proposito come l'attuale normativa non consenta più al lavoratore di valutare *ex ante* il regime di protezione applicabile al suo posto di lavoro, senza poi dover considerare il più limitato ambito di applicazione, rispetto al passato, della sanzione reintegratoria ad effetti pieni. Con la conseguenza che, a giudizio di molti, la riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali avrebbe determinato un marcato ridimensionamento delle tutele dei diritti dei lavoratori, non più assistiti dalle vecchie garanzie in forma specifica del posto di lavoro, tale da riflettersi pure sul consolidato regime prescrizionale dei loro crediti¹⁷.

Per tali motivi, pur con tutte le incertezze sulla possibilità di formulare una soluzione univoca in assenza di un intervento legislativo, si è affermata l'opinione, ora avallata dalle recenti sentenze della Suprema Corte, di poter generalizzare il differimento della prescrizione alla cessazione dei rapporti di lavoro, così ripristinandosi le premesse sulle quali si fondava la sentenza n. 63/1966 della Corte costituzionale¹⁸.

Tuttavia, se si guarda alla disciplina dei licenziamenti individuali attual-

¹⁶C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche di tutela*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n.92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 10 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, I, p. 415 ss.

¹⁷C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, in ADL, 2012, p. 547 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2012, p. 621; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in *Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, a cura di P. Chieco, Cacucci, Bari, 2013, p. 386 ss.; A. RUSSO *I possibili effetti della Riforma Fornero sul regime di prescrizione dei crediti retributivi*, in QFMB, 2012, 4, III; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in GI, 2013, c. 886.

¹⁸V. V. MAIO, *Ancora di stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, in ADL, 2016, I, p. 559 ss.; C. ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in LG, 2016, 2.

mente in vigore, ci si rende conto della difficoltà di formulare una soluzione appagante proprio nel voler prospettare la sopravvenuta inutilizzabilità della vecchia regola della decorrenza del termine di prescrizione durante il corso dei rapporti lavorativi non più garantiti dalla stabilità reale del posto di lavoro¹⁹. Così come, allo stesso modo, appare poco convincente l'asserita equiparazione fra l'affievolimento dei regimi di tutela del posto di lavoro e il complessivo arretramento della posizione contrattuale dei lavoratori nelle imprese di dimensione medio-grande, sol perché questi ultimi sarebbero stati privati delle precedenti tutele del posto di lavoro.

Tali conclusioni non tengono conto, in primo luogo, che già prima delle più recenti riforme gli strumenti processuali utilizzabili non erano mai pervenuti alla specifica esecuzione forzata dell'originaria obbligazione reintegratoria, quanto piuttosto si limitavano, inevitabilmente, a garantire al lavoratore illegittimamente licenziato il risarcimento del danno prodotto dall'inadempimento della stessa obbligazione. Infatti, il più delle volte, il lavoratore conseguiva una tutela pecuniaria senza ottenere l'effettiva conformazione del comportamento datoriale alla garanzia legale, poiché il datore restava pur sempre libero di decidere se eseguire l'obbligo primario di fare ovvero sostenere il costo della tutela risarcitoria, di carattere secondario²⁰. In altri termini, l'asserito affievolimento della stabilità reale del posto di lavoro poteva già dirsi realizzato ben prima della l. n. 92/2012, laddove la tutela ripristinatoria del rapporto conviveva con un regime risarcitorio privilegiato, peraltro connesso alla facoltà del lavoratore di optare per una ulteriore indennità risarcitoria sostitutiva della reintegrazione²¹.

Inoltre, al di là delle questioni esegetiche, occorre rilevare come, con riguardo alle situazioni soggettive del lavoratore tutelate dalla legge, non può certo dirsi che l'attuale contesto normativo generale a tutela del lavoro sia equiparabile al sistema protettivo in vigore all'epoca in cui fu emanata la sentenza della Corte costituzionale n. 63/1966; epoca nella quale la legislazione del lavoro, assai poco sviluppata nei suoi profili specialistici, veniva faticosamente distaccandosi dalle scarse disposizioni del

¹⁹ V. R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in MGL, 2018, p. 9 ss.; P. POZZAGLIA, *Il decorso della prescrizione dei crediti retributivi dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2015, p. 755.

²⁰ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, *cit.*, p. 454; M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, *cit.*, p. 621 ss.

²¹ P. TOSI, *Indennità in sostituzione della reintegrazione tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in ADL, 2006, p. 424 ss.

codice civile a protezione del lavoratore contraente debole²².

Non per caso, la giurisprudenza creatrice della norma, che aveva escluso la decorrenza della prescrizione dei diritti retributivi in costanza del rapporto lavorativo, si era formata in un contesto giuridico e sociale storicamente datato, caratterizzato da una pesante disoccupazione strutturale e dalla diffusa elusione dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi²³. Laddove, nell'attuale contesto, più che sul versante della garanzia conservativa dei crediti di fronte all'inadempimento datoriale, pesano le sacche di sotto protezione sociale esterne alle garanzie giuslavoristiche per il persistente dualismo del mercato del lavoro che penalizza i soggetti esclusi dall'occupazione e dunque dai benefici delle tutele.

In ogni caso, non si può non riconoscere che il mutato regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali, dopo i correttivi apportati dalla Corte costituzionale, consente pur sempre una adeguata riparazione al lavoratore ingiustamente licenziato e non dovrebbe riflettersi, pertanto, sul regime delle prescrizioni dei crediti di lavoro, anche perché la sentenza n. 63/1966 della Corte costituzionale si fondava sulla dichiarata illegittimità della disciplina codicistica per contrasto con il principio costituzionale dell'irrinunciabilità della retribuzione²⁴. Pertanto, la Corte ascrisse l'effetto impeditivo a quello altrimenti considerato un ostacolo di mero fatto quale il timore del licenziamento che, stando alla regola, non avrebbe dovuto né vietare l'esercizio della pretesa né interferire con il decorso della prescrizione²⁵. Con la conseguenza, già alcuno spazio avrebbe dovuto trovare la questione della stabilità del rapporto di lavoro nel sistema protettivo dell'art. 36 Cost., inteso quale autonomo fattore di condizionamento del decorso dei termini prescrizionali²⁶.

Ma le tutele del diritto del lavoro si sono moltiplicate nel tempo in funzione di un riequilibrio dello scambio contrattuale e della salvaguardia dei

²² V. F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013 I, p. 880 ss.

²³ V. E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, cit., p. 401 ss.

²⁴ V. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., p. 165 ss.

²⁵ V. sul punto P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 122.

²⁶ V. i rilievi di M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, I, p. 8 ss.; A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati": note critiche*, in *DRI*, 2022, p. 319 ss.

beni personali del lavoratore con meccanismi protettivi sempre più sofisticati i quali, tuttavia, senza escludere il loro carattere tendenzialmente inderogabile, ammettono sovente una articolazione dei contenuti precettivi che tenga conto delle esigenze delle imprese sempre più diversificate. Ciò non esclude che si possa affermare la persistenza di un regime prescrizione dei crediti di lavoro diversificato che ammetta ancora la decorrenza dei termini nella vigenza del rapporto, in collegamento con la tutela di una “stabilità adeguata” del posto di lavoro contro i licenziamenti che tuttora spetta, sebbene in un contesto sanzionatorio per così dire “plurale”, ad una vasta area del lavoro dipendente²⁷.

Questa impostazione, se ha trovato un certo seguito nell’ambito del vivace contrasto tra giudici di merito, non è stata tuttavia condivisa dalla Cassazione la quale, intervenuta sul punto con le sentenze nn. 26246 e 30957/2022, ha affermato che nel campo di applicazione dell’art. 18 della l. n. 300/1970, a seguito delle modifiche intervenute nel 2012 e nel 2015 sulle sanzioni per il licenziamento illegittimo, il lavoratore non è più assistito da un regime di stabilità reale, mancando così i presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione del rapporto e di una loro tutela adeguata.

Tuttavia, non si può non obiettare che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale 26 settembre 2018, n. 194 si è riconosciuto che la tutela del posto di lavoro è rimessa alle scelte del legislatore quanto ai tempi e ai modi, essendo possibile stabilire quindi una sanzione anche solo economica, che tuttavia non può essere affidata all’unico parametro della anzianità di servizio, sia in considerazione della sua inadeguatezza, specie nelle ipotesi di limitata anzianità lavorativa, sia per il venir meno della sua funzione dissuasiva nei confronti del datore di lavoro.

Oggetto della censura è stato pertanto l’automatismo contemplato dalla riforma del 2015 nella determinazione del danno: con la conseguenza che l’effetto più significativo della sentenza n. 194/2018 è comunque quello di avere evidenziato le difficoltà di predeterminare il costo del licenziamento illegittimo, sia pure con l’indicazione di una soglia minima e massima, rimettendo in tal modo al “*soggettivismo giudiziario*” del magistrato investito della controversia una valutazione discrezionale del caso concreto, sia pur

²⁷ V. E. BALLETTI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *GI*, 2022, 12, p. 2810 ss.; App. Milano 26 febbraio 2020 n. 89, in *RIDL*, 2020, II, p. 269, con nota di G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo*, ove ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

temperato da una adeguata motivazione del percorso logico seguito nella propria determinazione²⁸.

Nella successiva sentenza n. 150/2020 la Corte costituzionale ha affrontato pure il difficile rapporto tra predeterminazione legislativa del risarcimento e ristoro del pregiudizio effettivamente subito, precisando che «*la prudente discrezionalità del legislatore, pur potendo modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la predeterminazione dell'importo spettante al lavoratore, non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto*», non potendo pertanto discostarsene in misura eccessiva. Lo stesso art. 24 della Carta Sociale Europea, del resto, nell'indicare l'obbligo degli Stati aderenti di garantire un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione, non impone la reintegrazione e non limita la facoltà del legislatore di modulare la misura del risarcimento tra un minimo ed un massimo, componendo così i diversi interessi in contrasto²⁹.

Considerando le molteplici funzioni dell'indennità, da quella centrale di ristoro del pregiudizio derivante da licenziamento illegittimo a quella sanzionatoria e dissuasiva, la riconosciuta natura polifunzionale del risarcimento del danno apre del resto la strada a variabili molto ampie che rendono opportuna e imprescindibile la predeterminazione legislativa della misura del risarcimento in caso di licenziamento, per garantire certezza del diritto ed uniformità, pur all'interno della forbice prevista³⁰. Tale conclusione è stata particolarmente evidente nella parabola evolutiva della tutela reintegratoria, la cui trasformazione identitaria si connette non solo al riordino delle discipline contrattuali ma anche a soluzioni più articolate sui regimi della flessibilità in uscita, anche se la garanzia della stabilità, sovente mitizzata, è stata tradizionalmente contemperata con l'esonero delle piccole imprese dalla reintegrazione in caso di violazione dei limiti imposti al

²⁸ V. M. PERSIANI, *La sentenza della Corte cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in LDE, 2019, 1, p. 2 ss. (dell'estratto); G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale*, in MGL, 2018, p. 197 ss.; G. SIGILLO MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, *ivi*, 2018, p. 213 ss.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «jobs act» e oltre*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2018, 378, p. 12 ss.

²⁹ V. R. DIAMANTI, *Il risarcimento danni conseguente al licenziamento illegittimo. Il percorso della Corte di giustizia, della Corte costituzionale e del Comitato Europeo dei diritti sociali*, in LDE, 2021, 1, p. 2 ss.

³⁰ P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della consulta*, in RIDL, 2018, II, p. 1050 ss.

potere di recesso datoriale, apprezzabile specie in relazione alla previsione del giustificato motivo di licenziamento e da una separata disciplina sui licenziamenti per riduzione di personale.

3. – Altra questione concerne poi il *dies a quo* del termine prescrizioneale, avendo la Suprema Corte stabilito che per i crediti retributivi di lavoro non prescritti alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012, avvenuta il 18 luglio 2012, il termine quinquennale di prescrizione debba decorrere dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Tuttavia, non può non osservarsi che, con la l. n. 92/2012, il giudice deve procedere ad una valutazione più articolata circa la legittimità dei licenziamenti rispetto a quanto avveniva nel periodo precedente. Infatti, in primo luogo, il Giudice deve accertare se sussistano o meno la giusta causa e il giustificato motivo di recesso, secondo le previgenti nozioni fissate dalla legge, non avendo la riforma del 2012 «*modificato le norme sui licenziamenti individuali, di cui alla L. n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., o per giustificato motivo*» (così Cass., Sez. Un., n. 30985/2017).

Nel caso in cui il giudice escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, deve svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza o meno di una delle due condizioni previste dall'art. 18, comma 4, per accedere alla tutela reintegratoria («*insussistenza del fatto contestato*») ovvero fatto rientrante «*tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*»), dovendo, in assenza, applicare il regime dettato dal comma 5, «*da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale*» (ancora Cass., Sez. Un., n. 30985/2017).

In tal modo, la soluzione adottata dalla l. n. 92/2012 ha determinato non poche incertezze interpretative, moltiplicando le causali delle fattispecie illegittime del licenziamento, e quelle delle corrispondenti sanzioni e rimettendo queste ultime alla discrezionalità del magistrato investito della lite, che può disporre comunque la reintegrazione qualora accerti l'insussistenza delle motivazioni addotte dal datore a fondamento del proprio recesso. Soprattutto ha destato incertezze l'ipotesi della «*manifesta insussistenza*» della ragione giustificatrice del licenziamento per motivi soggettivi e quella della manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo, entrambe collegate ad una formulazione troppo

indeterminata della norma, che non trova precedenti nell'ordinamento civile mentre riecheggia concetti propri del diritto penale del tutto inadeguati, specie se riferiti alle ipotesi del licenziamento per motivi economici, insuscettibili di graduazione in quanto riconducibili a fatti oggettivamente rilevanti. A dette incertezze si aggiunge pure l'ambigua formulazione del nuovo comma 7 dell'art. 18, secondo cui il giudice può altresì applicare la reintegrazione attenuata senza fornire particolari indicazioni in ordine a tale possibile opzione, che resta del tutto discrezionale.

Con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, si è data invece attuazione all'art. 1 comma 7, lett. c) della l. delega 10 dicembre 2014, n. 183, nella parte in cui si prevedeva per le nuove assunzioni una nuova disciplina dei licenziamenti caratterizzata da tutele economiche collegate all'anzianità di servizio, con il diritto alla reintegrazione limitato ai licenziamenti nulli e discriminatori ed a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare.

Tale provvedimento è venuto ad aggiungersi alle precedenti disposizioni in materia contenute nelle diverse leggi che si erano succedute nel tempo senza alcun coordinamento testuale, sicché la disciplina dei licenziamenti individuali ha assunto dei contorni molto articolati e complessi sia per quanto concerne l'individuazione del campo di applicazione dei regimi protettivi, sia per quanto riguarda il sistema sanzionatorio sempre più diversificato.

Infatti, la nuova disciplina si applica alle assunzioni avvenute dopo il 7 marzo 2015, in tal modo superandosi la tradizionale distinzione tra tutela obbligatoria e tutela reale fondata sulla consistenza occupazionale del datore di lavoro, anche se permane tuttora un regime sanzionatorio più contenuto per le «piccole imprese» che non raggiungono il limite dimensionale dei sedici dipendenti.

Ferma restando la questione della consistenza e della natura dell'indennità risarcitoria, di cui si avverte sempre più il carattere polifunzionale in cui la funzione riparatoria convive con quella più direttamente sanzionatoria e dissuasiva rispetto allo stesso mancato ripristino del rapporto lavorativo, nonché le questioni legate all'ampia discrezionalità del giudicante sulla determinazione del suo ammontare, appare evidente che il più marcato superamento della tutela reintegratoria sia avvenuto non tanto con la l. n. 92/2012 quanto piuttosto con il d.lgs. n. 23/2015³¹.

³¹V. A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in *MGL*, 2022, p. 639 ss.; V. P. SORDI, *L'articolo 18 dello statuto dei lavoratori restaurato*, in *GC.com*, 2022, 6, p. 11 ss. E. FIATA, *Prescrizione e stabilità del rapporto dopo le riforme sul regime*

Di conseguenza, appare quanto meno criticabile la soluzione offerta dalla Corte di cassazione sulla imprescrittibilità temporanea dei crediti di lavoro anteriori al quinquennio rispetto alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012, per il fatto che si sarebbe dovuto operare quanto meno una distinzione fra le tutele offerte da quest'ultimo provvedimento e quelle dal successivo decreto legislativo del 2015.

4. – Un ulteriore interrogativo riguarda infine la questione se non sia necessario, a questo punto, un intervento legislativo sia in materia di licenziamenti che in materia di prescrizione dei crediti di lavoro, non potendo la materia essere rimessa alla sola valutazione giudiziale che, come nel caso delle recenti decisioni della Corte di cassazione, invocano un diritto vivente ormai profondamente modificato nei contenuti e nelle modalità delle tutele.

E questo senza voler considerare che il procrastinare senza limiti la possibilità per il lavoratore di intraprendere azioni di accertamento dei propri crediti può comportare notevoli difficoltà di difesa per i datori di lavoro costretti a dover contrastare, a distanza di anni dai fatti di causa, pretese del lavoratore risalenti nel tempo, con una violazione del principio contemplato dall'art. 24, Cost.

D'altra parte, anche a voler prendere atto del tendenziale superamento della tutela reintegratoria, non può non avvertirsi la necessità di dare maggiore certezza al principio generalizzato di non decorrenza del termine di prescrizione per i crediti di lavoro durante lo svolgimento del rapporto, al fine di svincolare gli interpreti dalla valutazione casistica del grado di stabilità imposta dall'attuale e non univoca disciplina dei licenziamenti individuali³².

Così potrebbe farsi riferimento, ad esempio, al regime della prescrizione del *lavoro nautico*, dove non sussiste analogo collegamento tra il regime prescrizione dei crediti e la disciplina del licenziamento, in quanto i diritti dei marittimi e del personale di volo si prescrivono entro due anni dal giorno dello sbarco, rispettivamente nel porto di arruolamento o nel luogo di assunzione, successivamente alla cessazione o alla risoluzione del contratto (v. artt. 373 e 937 cod. nav.)³³. Anche se, in questo caso, si tratta di

sanzionatorio dei licenziamenti, in VTDL, 2018, p. 608 ss.; V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in ADL, 2015, p. 558 ss.

³²V. R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in MGL, 2018, p. 12 ss.

³³A. LEFEVRE-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 518 ss.

una disciplina particolare riferita alle caratteristiche del lavoro del personale navigante, dove il più breve termine biennale decorrente dalla cessazione del rapporto tiene conto delle difficoltà di esercizio dei diritti nel corso della navigazione, soggetta a continui spostamenti, e come tale prescinde dal regime di stabilità applicabile, come riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale 7 novembre 2006, n. 354³⁴.

A giudizio della Corte, nel lavoro nautico ed aeronautico, la durata biennale del termine di prescrizione è ispirata infatti alla maggiore esigenza di certezza di rapporti nell'ambito del diritto della navigazione. Inoltre, a differenza di quanto avviene per i rapporti di lavoro comune, dove il regime di decorrenza del termine prescrizione riguarda solo i diritti retributivi periodici, nel caso del lavoro nautico ed aeronautico concerne invece tutti i diritti scaturenti dal rapporto di lavoro.

In tal modo, il codificatore del 1942 ha inteso dare rilievo ad una situazione o di vera e propria impossibilità (per i rapporti a viaggio) o di particolare difficoltà (nel rapporto a più viaggi, in quello a tempo determinato e in quelli a tempo indeterminato) di esercizio del diritto, connesse alla fisica lontananza dal foro competente, in ciò non discostandosi dalla regola generale dell'art. 2935 c.c.

Motivazioni, queste, che sono alla base delle norme dettate sia in tema di lavoro con il personale di volo (art. 937 cod. nav.), sia per il contratto di arruolamento (art. 373 cod. nav.).

Pertanto, la specificità del fondamento razionale delle indicate norme non risulta influenzata dall'evoluzione della tutela normativa e giurisprudenziale in materia di tutela del posto di lavoro, prescindendo dal regime di stabilità applicabile³⁵, pur in presenza di una maggiore assimilazione del contratto di arruolamento al contratto di lavoro di diritto comune sul piano delle tutele in materia di licenziamento avvenuta anche per effetto delle sentenze della Corte costituzionale n. 96/1987 e n. 41/1991, che hanno esteso la tutela della "stabilità reale" al settore nautico e aeronautico³⁶.

La previsione del termine decorrente dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, non dovrebbe trovare applicazione, tuttavia, ai dipendenti

³⁴ Corte cost. 7 novembre 2006, n. 354, in *MGL*, 2007, p. 364 ss.

³⁵ V. A. VALLEBONA, *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *GCost.*, 2006, p. 3743; M. PELLICCIARI, *Sulla prescrizione dei crediti dei naviganti*, in *MGL*, 2007, p. 367.

³⁶ V. L. MENGhini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 53 ss. e 650 ss.

delle pubbliche amministrazioni, che continuano a godere di un rapporto dotato di particolare forza di stabilità del posto e di resistenza, confermata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 che ha modificato l'art. 63, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilendo un generalizzato diritto alla reintegrazione nel posto per il dipendente pubblico il cui licenziamento sia stato annullato o dichiarato nullo, sulla falsariga della tutela forte già riconosciuta dall'art. 18 St. lav., prima delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012³⁷.

³⁷ V. Cass. 9 giugno 2016, n. 11868.

LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

*Carlo Cester**

1. – Il problema della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro aveva trovato, come ben noto, un suo compiuto assestamento – dopo la fondamentale pronunzia della Corte costituzionale n. 63/1966 – nel biunivoco rapporto con la disciplina sanzionatoria del licenziamento e con l'individuazione della nozione di “stabilità” come necessario presupposto perché la prescrizione possa decorrere, secondo la regola generale, dal momento in cui il diritto (di credito) può essere fatto valere. Ed invero, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, il rapporto deve essere inteso come stabile allorché, sul piano sostanziale, si «subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate» e, sul piano processuale, si “affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»¹. Quadro normativo, questo, corrispondente alla disciplina di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, contrapposta alla disciplina della cosiddetta stabilità meramente obbligatoria di cui alla l. n. 604/1966.

Il cammino, a ben guardare, non era stato dei più facili, sia per il contenuto “formale” della dichiarazione di incostituzionalità del 1966, sia per l'individuazione dei suoi presupposti applicativi.

Quanto al primo punto, la norma censurata (l'art. 2948 c.c.) stabiliva solo la durata del termine di prescrizione (quinquennale) per una serie di diritti di credito fra i quali anche quelli da pagare periodicamente (come la

* Professore emerito di Diritto del lavoro – Università di Padova.

¹ Così già Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268.

retribuzione), ma non si occupava della decorrenza del termine medesimo, rimessa alla regola generale dell'art. 2935 c.c., sì che la sentenza si reggeva sulla combinazione fra le due norme, una delle quali non oggetto (formale) del giudizio di costituzionalità nonostante fosse la fonte della regola sulla decorrenza. Considerazione, questa, che a mio parere mette in dubbio la (successiva) pretesa di avvalersi esclusivamente della dichiarazione formale di incostituzionalità, senza argomentare sul suo fondamento – necessariamente legato ad una articolata ricostruzione delle possibili, diverse decorrenze dell'unico termine) – e disinteressandosi di conseguenza delle successive precisazioni fornite dalla stessa giurisprudenza costituzionale (in particolare con la sentenza n. 174/1972, pronunciata con riferimento al complessivo sistema sanzionatorio della l. n. 604/1966 e dell'art. 18 St. lav.).

Quanto al secondo punto, da un lato non va dimenticato che la sentenza originaria è stata pronunciata addirittura prima dell'entrata in vigore della l. n. 604/1966 e dunque in regime di recesso *ad nutum* (art. 2118 c.c.), così da giustificare il ricorso alla teoria del *metus* del lavoratore per il licenziamento quale possibile reazione all'esercizio dei diritti da parte sua. Dall'altro lato, è lo stesso giudice delle leggi che ha introdotto il parametro della “resistenza” del rapporto che è propria del rapporto di pubblico impiego e non – all'epoca – di quello privato, nel quale ultimo soltanto il lavoratore può essere indotto, in corso di rapporto, a rinunciare all'esercizio dei propri diritti. Da ciò la successiva precisazione (con la citata sentenza costituzionale n. 174/1972) dell'ambito di operatività della sentenza originaria secondo la regola della “resistenza” e dunque della “stabilità” del rapporto, nella contrapposizione fra stabilità reale e stabilità obbligatoria, secondo quel diritto vivente del quale sopra dicevo. Da ciò, ancora, la costruzione dei presupposti perché operi un impedimento di diritto al decorso della prescrizione, ovvero di possibile sospensione, magari temporanea, dei termini, nei pur rari casi di possibile alternanza fra tutela reale e tutela obbligatoria in ragione della consistenza dell'unità produttiva di concreta adibizione del lavoratore (per datori di lavoro con fino a sessanta dipendenti).

Certo, non sono mancate critiche al cammino descritto, per l'abbandono della motivazione originaria della dichiarazione di incostituzionalità – che si basava sull'equiparazione dell'inerzia, caratteristica della prescrizione, alla rinuncia (annullabile) di cui all'art. 2113 c.c. – e per la successiva adozione di un criterio – la situazione psicologica, appunto il *metus* del lavoratore – avente connotati poco giuridici o comunque inidoneo a rappresentare una situazione sociale tipica, come tale suscettibile nella fatti-

specie normativa². Senza contare che il suddetto *metus* ben potrebbe manifestarsi non solo di fronte ad un possibile licenziamento, ma anche di fronte ad un possibile esercizio distorto di altre prerogative e poteri del datore di lavoro, come il trasferimento o il mutamento di mansioni, che con la stabilità del rapporto non c'entrano nulla.

Di questo cammino e di queste critiche occorre tener conto per tentare di fornire alla questione della decorrenza della prescrizione una risposta aggiornata ai recenti sconvolgimenti normativi, che hanno riarticolato il catalogo delle tutele, non più sintetizzabili nella precedente formula di tutela (e stabilità) meramente obbligatoria *versus* tutela (e stabilità) reale.

2. – C'è un primo modo di risolvere la questione. Come autorevolmente è stato sottolineato, se si riconosce che la combinazione delle sentenze della Corte costituzionale del 1966 e del 1972 (con, in quest'ultima, la delimitazione della prima secondo il parametro della stabilità) è fonte di un nuovo prodotto normativo, è da dubitare che il giudice ordinario, ancorché provvisto di funzioni nomofilattiche, possa modificare quella nuova norma in base ad una valutazione di politica del diritto circa le riforme del 2012 e del 2015 in materia di licenziamenti illegittimi e loro incidenza sul concetto di stabilità. Di talché l'unico sviluppo possibile sarebbe quello di una nuova, sopravvenuta questione di costituzionalità in seguito alle suddette riforme e all'incertezza, da esse derivanti, circa la delimitazione della stabilità medesima³. L'approccio è assolutamente rigoroso dal punto di vista della teoria delle fonti. Si può peraltro prevedere che il dibattito che si svilupperà sulle recenti sentenze della Cassazione oggetto di queste brevi considerazioni⁴ rimetterà al centro della discussione non tanto la costruzione di una (ulteriore) norma nuova di segno contrario, ma l'adattamento del presupposto per la decorrenza della prescrizione – la stabilità – alla mutata disciplina normativa sulle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. Così come il dispositivo della sentenza del 1966 non ha impedito

² Cfr. M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, p. 5 ss. (al quale rinvio per l'ampia bibliografia sulla questione, naturalmente precedente rispetto alle recenti sentenze della Cassazione). Cfr., altresì, E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, p. 3 ss.

³ Ancora M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore*, cit., p. 12, che, alla fine di una compiuta analisi, fornisce una risposta negativa.

⁴ Si tratta di Cass. 6 settembre 2022, n. 26246 e Cass. 13 ottobre 2022, n. 29981, discusse nella stessa Camera di consiglio.

la modulazione di quella decorrenza secondo il parametro della stabilità, altrettanto si può pensare che potrà farsi in ragione del mutamento del parametro. E se si obiettasse che una tale modulazione spetta alla Corte costituzionale e non al giudice ordinario, si potrebbe replicare che quella modulazione è stata fatta una volta per tutte dal giudice delle leggi e che la sua applicazione costituisce semplice problema di interpretazione della legge ordinaria.

Prima però appare opportuno risolvere una questione preliminare circa il presupposto da prendere a riferimento per il decorso o meno della prescrizione in corso di rapporto. Si tratta cioè di decidere se il timore di un possibile licenziamento sia superabile – con conseguente decorso della prescrizione in corso di rapporto – solo a fronte di uno specifico regime di stabilità (peraltro da definire) o anche semplicemente in relazione al generale contesto protettivo, nello svolgimento del rapporto, assicurato al lavoratore subordinato dall'ordinamento in un determinato contesto storico. A tale proposito, si può tranquillamente affermare che il grado di protezione generale del lavoratore non può essere un criterio validamente utilizzabile, posto che il dato rilevante è pur sempre il timore del licenziamento causato dall'esercizio dei diritti, che tale resta anche se i diritti sono numerosi e importanti. Semmai, è da chiedersi se abbia rilievo un generico timore del licenziamento o il timore degli effetti da esso derivanti, che possono indurre il lavoratore a non esercitare i diritti⁵. Il primo timore è, per la verità, assai generico e non misurabile; il secondo conduce a misurare quegli effetti, identificando quali di essi siano tali da rassicurare il lavoratore e quali invece determinino l'effetto contrario e ne rafforzino il timore. Il che, com'è evidente, riconduce il discorso alla stabilità e alla sua "pesatura". Cioè al punto centrale delle sentenze della Cassazione oggetto di commento.

3. – La domanda di fondo, allora, è se la stabilità che, per diritto vivente degli ultimi cinquant'anni, si presume abbia eliminato il timore del licenziamento causato dall'esercizio dei diritti, consentendo il decorso della prescrizione durante il rapporto, sia quella di cui all'art. 18 St. lav. nella sua versione "classica" e solo in quella, ovvero se allo scopo siano sufficienti anche forme attenuate di stabilità o addirittura meccanismi sanzionatori di contenuto economico, quanto meno ove di consistenza adeguata. In questa prospettiva si è osservato come il sistema sanzionatorio vigente – dopo le

⁵ Cfr. A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell'intervento nomofilattico della Cassazione)*, in *ADL*, 2022, p. 220.

riforme del 2012 e, sia pure in misura più ridotta, del 2015, non possa più essere ricondotto all'alternativa fra stabilità reale e stabilità (meramente) obbligatoria (con il conseguente doppio regime della decorrenza della prescrizione). Da un lato, perché il secondo regime è notevolmente diverso da quello originario, con incremento della tutela⁶; dall'altro lato, si potrebbe aggiungere, perché il complessivo sistema si è ora frammentato in quattro regimi sanzionatori, con mescolanza di conseguenze reintegratorie e di conseguenze solo economiche. Insomma, il parametro della stabilità tradizionalmente radicatosi nell'art. 18 St. lav. non sarebbe più utilizzabile, mentre il livello complessivo della tutela, seppure per certi aspetti ridotto, sarebbe comunque tale da far sì che – per ritornare al fondamento della sentenza costituzionale del 1966 sopra ricordato – l'inerzia del lavoratore nel rivendicare i propri diritti non sia da collegare al timore del licenziamento, stante il livello adeguato di tutela⁷. Livello adeguato che tanto più andrebbe riconosciuto ora, dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194/2018, ha corretto al rialzo il livello di tutela indennitaria, che è stato poi ulteriormente rafforzato (con fino al massimo di ben 36 mensilità di retribuzione) dal più recente intervento normativo del d.l. n. 87/2018, convertito nella l. n. 96/2018.

Questo approccio al problema non manca certo di concretezza. Ed infatti, se è fuori discussione che la disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi ha subito, nei due interventi riformatori più volte ricordati del 2012 e 2015, specie per i licenziamenti per ragioni oggettive, una indubbia restrizione, tanto da rovesciare il rapporto fra tutela reale e tutela obbligatoria come regola ed eccezione, è anche vero che il “prezzo” di un licenziamento illegittimo è salito. Ed è salito, in particolare, e come appena ricordato, proprio nel cosiddetto contratto a tutele crescenti (d.lgs. n. 23/2015), nel quale – sia pure come teorico valore massimo – esso sopravanza di gran lunga il “valore” del posto di lavoro che la precedente ver-

⁶ Cfr. A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione*, cit., p. 214.

⁷ Ancora A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione*, cit., p. 223. Per la tesi per cui le riforme recenti non hanno modificato il regime della prescrizione, cfr. F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 881 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, I, p. 154 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?*, in *RIDL*, 2020, II, p. 277 ss. *Contra*, O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità. Attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, 2, 148 ss.; A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in *MGL*, 2021, 2, p. 639 ss.

sione dell'art. 18 aveva fissato in (sole) 15 mensilità. Se a questa considerazione si aggiunge il carattere "immaginario"⁸ della reintegrazione, e la scarsa propensione del lavoratore ad ottenerla davvero, anche a prescindere dalla sostanziale impraticabilità di una esecuzione forzata dell'ordine giudiziale, verrebbe da pensare che, alla fin fine, le cose non siano cambiate gran che, e che il regime della prescrizione possa sopravvivere al terremoto riformista dell'ultimo decennio.

In questa direzione si è spinto ancora oltre chi ha messo in luce una significativa inversione di tendenza ad opera della giurisprudenza costituzionale e di quella ordinaria rispetto alle scelte legislative del periodo 2012-2015, riduttive della tutela reale reintegratoria⁹.

Quanto alla prima, è noto che con la sentenza n. 59/2021 il giudice delle leggi ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 18 St. lav., comma 7 nella parte in cui rimetteva alla discrezionalità del giudice l'applicazione o meno della tutela reale in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, donde, in quel caso, la necessaria applicazione di detta tutela; con la successiva sentenza n. 125/2022, la Corte costituzionale ha eliminato il carattere manifesto dell'insussistenza del fatto, sempre a proposito del giustificato motivo oggettivo. A mio parere, non si è trattato di sentenze particolarmente sconvolgenti, se paragonate ad alcune tendenze interpretative precedentemente manifestatesi: per un verso, infatti, da molti già prima si era affermato un potere-dovere del giudice di applicare la sanzione reintegratoria, sottratto alla sua discrezionalità, e, per altro verso, si era ritenuto che l'aggettivo "manifesta" non fosse tale da aggiungere alcunché di rilevante alla "insussistenza del fatto", visto che il fatto o c'è o non c'è e l'insussistenza non si presta a graduazioni (se non sotto il profilo della relativa prova). Ma la (ri)espansione della tutela reale va comunque registrata, specie con riguardo alla seconda sentenza, sotto il profilo della delimitazione del "fatto" la cui insussistenza non è più necessario che sia manifesta: se da riferire al solo fatto materiale (ad esempio, la cessazione di un appalto) e al nesso causale o anche al requisito della non ricollocabilità del lavoratore, il che effettivamente porterebbe ad una significativa espansione della tutela reale. Ma questa è una questione di interpretazione, oltre tutto riferita ad un licen-

⁸ Così, con disincanto, U. ROMAGNOLI, *La stabilità immaginaria del rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1980, p. 387 ss.

⁹ In questo senso P. TOSI-E. PUCETTI, *Il fantasma della tutela reintegratoria "residuale" divora la prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2023, p. 131 ss.

ziamento – di carattere oggettivo ed economico – di cui più difficilmente il lavoratore ha ragione di aver timore come conseguenza dell'esercizio dei diritti da parte sua.

Quanto alla giurisprudenza ordinaria, non c'è dubbio che buona parte di essa – dapprima di quella di merito, ma ora anche di quella di legittimità – abbia faticato a metabolizzare le riforme *in pejus* per i lavoratori, opponendovi una resistenza a volte tenace. Lo si può constatare, oltre che nel caso appena sopra ricordato della insussistenza del fatto riferita anche all'onere di *repechage*¹⁰, soprattutto in tema di licenziamento disciplinare. A tale proposito, valga l'applicazione della tutela reale – affermata dalla giurisprudenza della Cassazione – anche in caso di tipizzazione collettiva solo generica degli illeciti disciplinari o in caso di illeciti non tipizzati ma di disvalore paragonabile a quelli tipizzati¹¹, con il recupero del principio di proporzionalità che il legislatore delle recenti riforme sembrava aver escluso dal giudizio (non sul provvedimento disciplinare contestato, ma) sul regime sanzionatorio da applicare.

Peraltro, queste ultime, condivisibili considerazioni fotografano specifiche tendenze interpretative, ovviamente suscettibili di variare ed evolversi. Ne deriva, allora, che far dipendere da queste mutevoli tendenze l'applicazione o meno della regola sulla decorrenza della prescrizione in corso di rapporto, appare, a mio parere, una forzatura. E se anche le stesse dovessero consolidarsi in diritto vivente, resterebbe comunque l'insoddisfazione per l'applicazione di un criterio a rilevanza generale (per il decorso della prescrizione) in base a profili di rilevanza settoriale e parziale.

4. – Le perplessità che suscita una soluzione contingente, di carattere prettamente concreto e non propriamente di sistema, induce a condividere, in linea generale e sia pure con qualche riserva, l'approccio recente della Corte di Cassazione, con le sentenze nn. 26246 e 29981/2022, discusse entrambe nella medesima camera di consiglio. Essa non si è lasciata prendere dalle molte contraddizioni delle recenti riforme e ha puntato, sulla base dei paradigmi consolidati, a verificare in termini generali e generalizzabili la perdurante presenza della stabilità quale garanzia di ricostituzione e rimessione in pristino del bene giuridico – il posto di lavoro – pregiudicato dal licenziamento illegittimo.

La scelta è netta e in linea di principio condivisibile. Senza voler mitiz-

¹⁰ Cfr., da ultimo, Cass. 20 ottobre 2022, n. 30986; Cass. 19 marzo 2020, n. 7471.

¹¹ Cfr. Cass. 11 aprile 2022, n. 11665; Cass. 27 aprile 2022, n. 13063.

zare la tutela reintegratoria (come pure spesso è stato fatto), è difficile negare il suo ruolo di strumento regolativo (indiretto) dell'assetto dei poteri nel rapporto di lavoro¹², anche nel senso che la sua applicabilità, per quanto teorica ("immaginarica", si è detto), rappresenta pur sempre una sorta di generale precondizione per l'esercizio dei vari altri diritti che spettano al lavoratore subordinato: come si diceva un tempo, la madre di tutte le tutele, e un deterrente di particolare efficacia. Ciò che, allora, si salda con la risalente impostazione che lega la libertà del lavoratore di esercitare i propri diritti alla possibilità che l'eventuale licenziamento dichiarato illegittimo sia tolto di mezzo e sia possibile il ripristino – integrale – della situazione preesistente, come richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 174/1972 e dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 1268/1976. Senza che, aggiunge ora la Cassazione, la riduzione dei margini di applicabilità della tutela reale ad opera della Corte costituzionale (sulla quale *supra*) possa incidere sul quadro generale. Ché, anzi, proprio l'intervento del giudice delle leggi (sentenza n. 194/2018) circa la tutela di tipo indennitario (che viene rimodulata, con esclusione dell'automatismo legato all'anzianità, ma certo non cancellata) ha confermato che la tutela reale non è affatto l'unica applicabile, nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav.

L'argomento è contendibile, ma esso si fonda su presupposti di non poco rilievo. Il primo sta in ciò, che la condizione per il decorso della prescrizione in corso di rapporto sta nella possibilità che, tolto di mezzo il licenziamento illegittimo, sia possibile l'integrale ripristino della situazione precedente: il che non significa necessariamente l'applicazione dell'art. 18 St. lav. "tradizionale", come dimostra la disciplina del pubblico impiego (al quale si applica l'art. 63, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, che, pur assai simile, non coincide con l'art. 18) ma comunque una disciplina "equivalente". Il secondo sta in ciò, che una tale tutela ripristinatoria deve essere generale, perché la compresenza di tutele anche solo indennitarie depotenzia la garanzia e finisce per pregiudicarla. Il punto è particolarmente delicato, ma centrale. O ci si sente autorizzati ad un giudizio di tipo approssimativo e compromissorio, e si ritiene che anche in questo caso, grosso modo, la "stabilità" sia complessivamente salva; ovvero si conclude che la stabilità o è generale o non è: ciò, naturalmente, ai fini del decorso della prescrizione,

¹²Secondo la ben nota lettura di M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.

non certo ai fini della legittimità costituzionale di una tutela diversa da quella reale. La Cassazione segue la seconda strada: non poco rigida, ma certo non peregrina.

5. – Un altro snodo delle pronunce in oggetto sta nella conferma, ai fini del decorso della prescrizione in corso di rapporto, del tradizionale requisito della prevedibilità del sistema sanzionatorio. In altre parole, della circostanza che il lavoratore deve sapere anticipatamente quali saranno le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento illegittimo, perché è in relazione ad esse – e al diversificato grado di tutela che ne derivi – che egli potrà regolarsi così da non lasciar spirare il termine di prescrizione, magari limitandosi ad interromperlo in via stragiudiziale; e lo stesso si potrà dire del datore di lavoro, quanto alla conservazione delle prove dell'infondatezza di eventuali rivendicazioni del lavoratore. La Cassazione è dell'opinione che le recenti riforme abbiano reso imprevedibile il tipo di tutela contro il licenziamento illegittimo, ciò che andrebbe ad incidere sulla sostanza della garanzia.

Ora, mentre nel precedente sistema era fuori discussione che per ogni licenziamento illegittimo si applicasse la medesima tutela reintegratoria (dove la prevedibilità della sanzione), nell'attuale sistema la tipologia di tutela (reale o indennitaria, piena o attenuata) è frutto di valutazione ulteriore, non solo a valle del licenziamento (com'è del tutto ovvio), ma anche a valle dell'accertamento della sua illegittimità. Pertanto, dice la Corte, il giudizio *ex post* contraddice l'esigenza di certezza insita nell'istituto della prescrizione. L'argomento (peraltro non nuovo) è stato criticato, sia prima¹³ che dopo¹⁴ le recenti sentenze della Cassazione, o perché ai fini della prescrizione il timore del licenziamento potrebbe assumere significato solo a licenziamento intimato, o perché il regime di tutela reale del licenziamento ritorsivo (nullità) è determinato *ex ante* dal legislatore e poi sussunto *ex post* dal giudice nella fattispecie legale. Non mi pare però che queste critiche siano decisive. Ed infatti, è vero che nel nuovo come anche nel vecchio regime l'applicazione della tutela è necessariamente *ex post*, secondo il procedimento di sussunzione. Ma quel che la Cassazione vuol dire – almeno così mi sembra – è che il regime della prescrizione, il suo decorrere o no in corso di rapporto, e dunque i tempi e i modi delle iniziative del lavoratore di esercizio dei propri diritti dipendono da quale è, in relazione

¹³ Cfr. M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore*, cit., p. 21.

¹⁴ Cfr. P. TOSI-E. PUCETTI, *Il fantasma della tutela*, cit., p. 7 della bozza.

all'assetto normativo applicabile, la sanzione di un licenziamento illegittimo. E mentre con il vecchio art. 18 quella sanzione era sempre nota, ora il lavoratore non sa – a parità di accertamento della illegittimità – quale potrà essere la protezione della quale beneficerà.

In questa prospettiva, mi pare che non venga in rilievo solo il licenziamento ritorsivo, anche se nella gran parte dei casi può essere questo l'oggetto del timore del lavoratore; più in generale, viene in rilievo una complessiva condizione di soggezione che il lavoratore può fronteggiare se si sente protetto, e la forma di protezione ruota pur sempre intorno alla garanzia della conservazione del rapporto. E se la nullità con la quale il licenziamento ritorsivo è sanzionato assolve alla funzione di assicurare il lavoratore, la protezione più ampia contro la illegittimità del licenziamento rafforza quella funzione. Anche perché il motivo ritorsivo è nascosto e ove il lavoratore non riesca a farlo emergere e a dimostrarne il carattere unico e determinante, solo la presenza di una tutela forte può tenere sotto controllo il timore del lavoratore di perdere il posto di lavoro. Del resto, che la tutela specifica del licenziamento ritorsivo non sia sufficiente per modificare la regola sulla decorrenza del termine di prescrizione, è dimostrato dal fatto che il decorso della stessa è stato escluso al di fuori dell'ambito di applicazione della tutela reale, nonostante anche in quell'ambito trovasse applicazione la regola della nullità per quel tipo di licenziamento.

In conclusione, la presa di posizione della Cassazione (sulla quale non è certo prevedibile, a breve, un ripensamento) sembra da condividere, anche se non mancano i dubbi. Ma sono dubbi, a ben guardare, che derivano dalla difficoltà di trarre una regola certa (decorso o no della prescrizione, istituto legato alla certezza delle situazioni giuridiche) da un presupposto normativo con caratteristiche scomposte e frammentate. Poche volte come in questo caso si sente l'assenza del legislatore, anche se poche volte come in questo caso è prevedibile che lo stesso si asterrà dal mettere le mani in una materia così controversa, e tuttavia di grande rilevanza nello svolgimento dei rapporti di lavoro subordinato.

REINTEGRAZIONE “RECESSIVA” E DECORSO DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI (SI RITORNA AL 10 GIUGNO 1966)

Arturo Maresca *

1. *La decorrenza della prescrizione: tra metus del licenziamento (il problema) e stabilità (il mezzo di soluzione)*

Con l’attesa sentenza 6 settembre 2022, n. 26246 la Cassazione ha dato (la sua) soluzione al problema della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, riportando il termine iniziale a quello fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza 10 giugno 1966, n. 63 che, com’è noto, dichiarò «*la illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del c.c. limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*».

Nel consapevole esercizio della funzione nomofilattica, la Cassazione ritiene, quindi, che il timore del licenziamento incide oggi sull’inerzia del lavoratore rispetto all’esercizio dei propri diritti con gli stessi effetti che, in vigenza del recesso *ad nutum* dell’art. 2118 c.c., indussero la Corte costituzionale a ritenere illegittima la decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro.

Prima di esaminare le argomentazioni della sentenza annotata, appare utile ricordare i punti essenziali della motivazione della sentenza del 1966 che portò alla declaratoria di parziale incostituzionalità dell’art. 2948, n. 4, c.c.

All’epoca la Corte ritenne che «*in un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d’impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via*

* Professore emerito – Università di Roma “Sapienza”.

della rinuncia a una parte dei propri diritti» e «le norme impugnate ... consentono che ... il termine prescrizione decorra fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di far valere il diritto al salario», mentre «vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto ... per timore del licenziamento».

Secondo la Corte costituzionale è, quindi, la «*situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il diritto ..., per timore del licenziamento*» che determina il temporaneo impedimento al decorso della prescrizione «*dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*», come dovrebbe avvenire applicando la regola generale dell'art. 2935 c.c.

In questa ricostruzione la resistenza/stabilità del rapporto di lavoro (nella sentenza del 1966 descritta come la «*resistenza, che caratterizza ... il rapporto d'impiego pubblico*») veniva evocata dalla Corte in quanto idonea a rimuovere il timore del licenziamento e, quindi, come *mezzo* rispetto al *fine* di tale rimozione.

Non è, quindi, la resistenza/stabilità che costituisce la condizione legale necessaria per il decorso della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro (precisa la Corte «*non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di far valere il diritto al salario*»), ma «*vi sono tuttavia ostacoli materiali*» che la Corte identifica nel «*timore del licenziamento*», dovuto alla «*situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto*».

Resistenza/stabilità che la Corte in relazione al contesto normativo dell'epoca non aveva alcun bisogno di identificare né di precisare nei suoi contenuti necessari ed indefettibili e, quindi, limita il riferimento a quella «*resistenza*» che, allora, «*caratterizza(va)*» il rapporto di lavoro degli impiegati pubblici.

Un riferimento finalizzato a puntualizzare che, fin d'allora (cioè dal 1966), il differimento al decorso della prescrizione dei crediti retributivi non operava in modo assoluto e generalizzato, ma solo in presenza del *metus*.

Da quanto fin qui accennato si possono trarre alcune indicazioni.

A) La prima riguarda il nesso tra inerzia e timore del licenziamento e consente di precisare che sul decorso della prescrizione non incide la generale condizione di debolezza contrattuale (e socioeconomica) caratterizzante la subordinazione del lavoratore e neppure il timore di altre conseguenze pregiudizievoli (per la carriera, per le mansioni, ecc.), bensì solo il licenziamento perché esso comporta la perdita del lavoro, fonte del reddito ne-

cessario a garantire al dipendente ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

A completamento di quanto ora accennato, si deve aggiungere che, in astratto, la correlazione tra inerzia e timore del licenziamento assume rilievo in una triplice prospettiva riferita: a) al licenziamento legittimo; b) a quello illegittimo; c) a quello ritorsivo.

È, però, evidente che il nesso che lega e determina la prima (l'inerzia) come conseguenza del secondo (timore del licenziamento) è molto diverso: assai stringente nell'ultima ipotesi, meno nella seconda e pressoché insussistente nella prima. Infatti, in questa la perdita del lavoro subita dal (e che preoccupa il) lavoratore è del tutto indipendente dalla sua azione e, quindi, non può causarne l'inerzia. Nel secondo caso, invece, l'ingiustizia che vizia il licenziamento, non essendo necessariamente intenzionale e neppure finalizzata a colpire il lavoratore, può considerarsi causa, tutt'al più, generica dell'inerzia. Salvo, ma questa è l'ultima ipotesi, che il licenziamento sia in realtà preordinato a punire il lavoratore per aver esercitato i propri diritti, qui sì che l'inerzia è causa diretta del timore del licenziamento, ma si tratta del licenziamento ritorsivo.

B) La seconda indicazione concerne la definizione, da una parte, del timore del licenziamento e, dall'altra, della stabilità del rapporto di lavoro.

La prima situazione (il timore del licenziamento) è cristallizzata nella sentenza del 1966 che, invece, non descrive la seconda condizione (la stabilità) tanto è vero che la giurisprudenza (costituzionale, di legittimità e di merito) successiva alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4, c.c. è dovuta più volte tornare a misurarsi con la normativa in tema di stabilità confrontandosi, di volta in volta, con le sue evoluzioni.

È pur vero che con alcune sentenze successive a quella del 1966 (segnatamente la 5 dicembre 1972, n. 174) la Corte costituzionale ha affermato che soltanto la stabilità reale (quella garantita dall'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300), non anche quella obbligatoria, consente la decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro, ma tale affermazione certamente non ha sortito l'effetto di modificare ulteriormente la norma (art. 2948, n. 4, c.c.) dichiarata parzialmente incostituzionale nel 1966.

Piuttosto ha ridefinito, come precisato dalla stessa giurisprudenza costituzionale e di legittimità, l'ambito applicativo della disposizione (già) dichiarata incostituzionale allorché essa si è trovata ad operare (proprio come accade oggi) in un contesto normativo radicalmente mutato rispetto a quello del 1966 nel quale si doveva verificare la persistenza di quella «si-

tuazione psicologica» del lavoratore tale da indurlo «a non esercitare il diritto ... per timore del licenziamento».

Sul piano della ricostruzione normativa si può dire che la Corte costituzionale nel 1966 ha *creato* (si trattò, infatti, di una sentenza creativa del tipo aggiuntivo) per i crediti retributivi un'eccezione alla regola generale della decorrenza della prescrizione (art. 2935 c.c.), inserendola però all'interno della norma (appunto l'art. 2948, n. 4, c.c.) che stabilisce il termine breve di prescrizione. L'ambito applicativo di tale eccezione nel 1966 era riferito a tutti i rapporti di lavoro privati (anche se, come si dirà, non a quelli dotati di stabilità anche allora presente nell'ordinamento). La giurisprudenza successiva ha inciso sul tale ambito applicativo e, simmetricamente, della regola generale restituendo spazio a quest'ultima, in base alla valutazione della permanenza o meno del *metus* conseguente alle tutele successivamente apprestate dal legislatore in materia di licenziamento.

C) In questa prospettiva si deve ricordare che la sentenza del 1966 ed il suo dispositivo, da leggere unitamente alla motivazione che lo sorregge, non possono essere integrati o interpretati autenticamente in base alle motivazioni delle successive sentenze della stessa Corte costituzionale.

Chiamata ad esprimersi su questo specifico punto proprio con riferimento alle questioni sollevate dalla prescrizione dei crediti retributivi, la Corte costituzionale (v., tra le numerose decisioni in tal senso, le sentenze 1° giugno 1979, n. 41 e 10 febbraio 1981, n. 13) ha infatti rilevato che *«non spetta alla Corte, tra i cui provvedimenti necessariamente tipici non si annovera né può annoverarsi l'accertamento del contenuto di precedenti sue sentenze, una sorta cioè di provvedimento di secondo grado, del quale oggetto immediato non è la disposizione o il gruppo di norme impugnati, ma altra sua sentenza»* (n. 41/1979). Con la conseguenza che *«il rapporto tra la disciplina normativa, modificata da sentenza di accoglimento della Corte medesima, e la disciplina successivamente adottata con legge o atto avente forza di legge (a loro volta non sospettati d'incostituzionalità) dà vita a vicende di parziale o totale abrogazione tacita, competente a conoscere delle quali è il giudice ordinario, non la Corte costituzionale per adire la quale sarebbe d'uopo muovere dalla premessa, per la verità inconsistente, che la sentenza di accoglimento della Corte attribuisca alla norma, parzialmente annullata, autorità superiore al vigore proprio delle leggi ordinarie e degli atti aventi forza di legge ordinaria»* (n. 13/1981).

D) L'ultima osservazione a completamento di quella precedente riguarda, invece, l'affermazione tanto suggestiva, quanto infondata che la nozio-

ne di stabilità idonea e determinante per la decorrenza della prescrizione sia ancor oggi solo ed esclusivamente quella che ebbero a fissare le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza 12 aprile 1976, n. 1268 con riferimento alla concorrente applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970 e della l. n. 604/1966.

Si tratta di un'affermazione che, eludendo il confronto tra il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo tempo per tempo vigente ed i suoi effetti sull'inerzia del lavoratore, si risolve nella scontata ed aprioristica conclusione che il regime attuale non è lo stesso di quello che ha operato fino alla modifica dell'art. 18 introdotta dalla legge Fornero n. 92/2012.

Mentre, l'oggetto dell'indagine da svolgere è un altro e riguarda la verifica della permanente situazione di timore del lavoratore ad esercitare i propri diritti. Verifica da effettuare con riferimento alla normativa oggi (e di volta in volta) vigente e non certo utilizzando il parametro della stabilità reale, come se essa fosse stata normativamente individuata alla stregua dell'unica misura idonea a rimuovere tale timore.

La tesi per la quale il *metus* è rimosso esclusivamente dalla stabilità reale appare non solo frutto della permanente suggestione che esercita la reintegrazione quale forma di tutela *perfetta* e tendenzialmente egemone (nonostante la diversa volontà del legislatore), ma si palesa anche infondata sul piano normativo, in mancanza di un qualsiasi riferimento in tal senso nel diritto positivo.

Infatti, nel nostro ordinamento sono presenti diverse forme di stabilità ed il collegamento tra quella reale e la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi non è stata sancita dal legislatore o dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1966 che, certamente, non poteva preconizzare la futura stabilità dell'art. 18.

Quanto, poi, all'affermazione che la fonte della stabilità reale come condizione della decorrenza della prescrizione sarebbe il diritto vivente si può agevolmente replicare – senza alcuna implicazione generale – che anche il diritto vivente si deve confrontare con l'evoluzione del sistema normativo e non può essere invocato per sottrarsi a tale confronto e neppure per rendere irreversibili istituti conati con riferimento ad un preciso assetto normativo che il legislatore ha voluto modificare.

Ciò implica che la stabilità sufficiente o adeguata ai fini della decorrenza della prescrizione deve essere verificata in base ai rimedi alla illegittimità del licenziamento di volta in volta apprestati dal legislatore.

2. Stabilità e certezza secondo la Cassazione

Venendo ora all'esame della sentenza annotata si deve partire dall'identificazione della stabilità del rapporto di lavoro idonea, secondo la Cassazione, a consentire il decorso della prescrizione

Al riguardo, nella parte iniziale della motivazione, la Cassazione afferma che la questione *«può essere affrontata e risolta in continuità sostanziale con l'insegnamento di oltre un cinquantennio di elaborazione giurisprudenziale (il c.d. "diritto vivente")»*, aggiungendo però che ciò deve avvenire *«nella responsabile consapevolezza dell'indubbio e significativo cambiamento operato dalle riforme intervenute sul sistema introdotto dalla legge n. 300 del 1970»* e chiudendo il preambolo con l'evocazione di un concetto dinamico di stabilità da valutare in quanto *«adeguata»*. Concetto che, a prima vista, sembrerebbe innovativo rispetto ai noti regimi della stabilità reale ed obbligatoria ricostruiti a misura, rispettivamente, dell'art. 18 e della l. n. 604/1966.

Invece la Cassazione vira subito nella direzione opposta e conservativa affermando nel punto 5) della motivazione che *«appare evidente che la stabilità del rapporto di lavoro si fonda su una disciplina che, sul piano sostanziale, subordina la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affida al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»*.

Concetto che la Cassazione rafforza ulteriormente precisando che *«deve essere ribadito che la prescrizione decorra, in corso di rapporto, esclusivamente quando la reintegrazione, non soltanto sia, ma appaia la sanzione 'contro ogni illegittima risoluzione' nel corso dello svolgimento in fatto del rapporto stesso»*.

Quindi secondo la Cassazione la stabilità adeguata – concetto che viene ribadito anche nell'enunciazione del principio di diritto a cui il giudice di rinvio dovrà dare applicazione – si risolve in una stabilità che, anche nella percezione soggettiva del lavoratore, deve comportare per qualsiasi vizio del licenziamento (quindi, pure nel caso della mera irregolarità formale) sempre e comunque la reintegrazione.

La sentenza annotata fonda questa conclusione sulla necessità *«che sia garantita una conoscenza, in termini di generalità e di sicura predeterminazione, di quali siano le regole che presiedono all'accesso dei diritti, alla loro tutela e alla loro estinzione»*. Ciò in quanto la prescrizione *«invera il principio di certezza del diritto, in riferimento particolare alla sua decorrenza, ossia*

al momento in cui il diritto medesimo possa essere fatto valere. Giova qui sottolinearne la fondamentale importanza, prima ancora che sul piano normativo ordinamentale, sul piano della stessa civiltà giuridica di un Paese, quale principio di affidabilità per tutti: sull'effettività dei diritti e sulla loro tutela, sulle relazioni familiari e sociali, sulle transazioni economiche e finanziarie. E come esso si rifletta sulla stessa attrattività di uno Stato, per investimenti e iniziative di intrapresa economica in senso lato, in un sistema di relazioni e di scambi internazionali da tempo strettamente interconnesso, nella crescente contendibilità tra ordinamenti, soprattutto nel mondo del lavoro e delle imprese».

Un'affermazione che non appare neppure coerente con i suoi esiti applicativi, perché la certezza dei rapporti giuridici si consegue piuttosto con l'effetto estintivo prodotto dalla prescrizione e non (tanto o soltanto) individuando il *dies a quo* di decorrenza del termine della prescrizione rispetto al quale la produzione di tale effetto resta *incertus an et quando*.

Peraltro, anche il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi è tutto meno che certo nella sua individuazione, in quanto inizierà a decorrere quando si estinguerà il rapporto di lavoro che, essendo a tempo indeterminato, per definizione non è predeterminato né predeterminabile (se non facendo riferimento alla morte del dipendente). Una contraddizione resa ancora più evidente dall'affermazione della Cassazione (sulla quale si tornerà nel prosieguo) che la prescrizione può decorre, invece, in costanza del rapporto di lavoro se a tempo determinato, cioè quando è certo il momento della sua estinzione.

3. Stabilità adeguata, stabilità reale, stabilità assoluta

Con riferimento alla nozione di stabilità fatta propria dalla Cassazione si possono sollevare molti dubbi che mi limito ad elencare in rapida sintesi.

3.1. La nozione di stabilità e la dinamica delle tutele in materia di licenziamento

Ciò che alla Cassazione «*appare evidente*» – questo è l'*incipit* dal quale la Corte prende le mosse – in ordine alla definizione della stabilità non ha riscontro in un preciso dato di diritto positivo.

Al riguardo è sufficiente ricordare, come affermato anche dalla Corte costituzionale, che «*il diritto alla stabilità del posto, infatti, non ha una pro-*

pria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme» (così Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, punto 9).

Nel diritto positivo non si rinviene, peraltro, un'unica nozione di stabilità generale ed astratta e quella elaborata dalla giurisprudenza nei primi anni '70 con riferimento alla prescrizione dei crediti retributivi si palesa inapplicabile al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, essendo riferita ed ancorata al sistema normativo vigente fino alle modifiche all'art. 18 introdotte dalla l. n. 92/2012.

Infatti, le Sezioni Unite della Cassazione nel 1976 si sono pronunziate con riferimento alla stabilità reale all'epoca vigente, perciò il principio non può avere una valenza e una portata generale, in quanto ancorato all'art. 18 e, quindi, ad esso strettamente connesso. Come peraltro le stesse Sezioni Unite hanno avuto cura di avvertire segnalando che la stabilità del rapporto di lavoro *«coincide oggi con l'ambito di operatività della legge 20.5.1970 n. 300»* e, aggiungendo all'«oggi», la precisazione lungimirante che tale stabilità può *«anche realizzarsi ogniqualvolta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che danno al prestatore d'opera una tutela di pari intensità»*.

Ciò significa che il processo interpretativo di ridefinizione dinamica dell'ambito applicativo dell'art. 2948, n. 4, c.c. quanto alla decorrenza della prescrizione deve svilupparsi facendo riferimento a due punti, il primo fisso ed il secondo mobile: a) le specifiche motivazioni sulle quali la Corte ha fondato la pronuncia di incostituzionalità del 1966 e, quindi, gli *«ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto ... per timore del licenziamento»*; b) i rimedi, tempo per tempo vigenti, alla illegittimità del licenziamento per verificarne le interferenze con l'esercizio dei diritti del lavoratore.

Quindi, alla domanda se gli *«ostacoli materiali»* riscontrati dalla Corte nel 1966 sono stati oggi rimossi, non può essere data una risposta aprioristica dicendo che ciò avviene solo ed esclusivamente con la stabilità reale. Invece la stabilità a tal fine sufficiente deve essere attualizzata con riferimento alle norme vigenti.

3.2. ...: metus di fatto e di diritto

Proseguendo in questa direzione, si potrebbe osservare banalmente che la dimostrazione fattuale dell'insussistenza degli *«ostacoli materiali»* che si frappongono all'esercizio dei diritti del lavoratore risulta evidente ogni

qual volta quest'ultimo agisce in giudizio contro il datore di lavoro in pendenza del rapporto di lavoro. Il che comprova, in concreto ed in un modo che, questa volta sì, «*appare evidente*», l'assenza di qualsiasi timore del lavoratore di essere licenziato per aver esercitato i propri diritti¹.

Anzi il contenzioso giudiziario che si registra in alcune aziende (e non solo quelle di grandi dimensioni) potrebbe dimostrare che, quanto meno in quell'azienda, non sussiste alcun timore del licenziamento e, quindi, che la prescrizione ben può decorrere. Altrimenti l'impedimento alla prescrizione finirebbe per operare in assenza conclamata di un timore del licenziamento e, quindi, della necessaria tutela voluta dalla Corte costituzionale nel 1966.

Infine, sul piano generale, i dati statistici dimostrano che il numero dei licenziamenti è rimasto costante dopo la modifica dell'art. 18 che, quindi, non hanno inciso su di essi. Insomma, non sembra che in questi ultimi dieci anni nei luoghi di lavoro si sia registrato un accresciuto e concreto ricorso ai licenziamenti, diversamente dalla percezione della maggioranza dei giuslavoristi in ordine alle conseguenze della modifica del regime sanzionatorio, a partire da quella dell'art. 18.

Si potrebbe, però, replicare che queste osservazioni, pur suggestive, non tengono conto che la sussistenza o meno del timore del licenziamento deve essere misurata sul piano normativo e non su quello fattuale, anche quando, come nel caso che ci riguarda, si tratta di verificare l'esistenza e la consistenza di quegli «*ostacoli materiali*» che la Corte costituzionale nel 1966 ritenne di impedimento alla decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro.

3.3. ...: la rilevanza della reintegrazione prevista per il licenziamento ritorsivo

Il coerente sviluppo di quanto ora accennato porta ad esaminare l'affermazione della Cassazione per cui «*non costituisce ... garanzia sufficiente ... il mantenimento della tutela reintegratoria, tanto con la legge n. 92 del 2012 (art. 18, primo comma), tanto con il d.lgs. n. 23 del 2015 (art. 2, primo comma), per il licenziamento ... ritorsivo, sul presupposto di un motivo illecito*

¹In tal senso con realismo v. Trib. Ravenna 7 giugno 2022, n. 114 che, nell'affermare la decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro, osserva: «*d'altra parte dell'assenza in concreto di metus vi è prova nel caso di specie per il solo fatto che il ricorrente ha agito nel 2019 allorquando era (ed è) ancora dipendente della cooperativa sociale resistente*».

determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.». In quanto il «ragionamento [che] reputa dotato di stabilità adeguata un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in assenza di una tutela reintegratoria nelle ipotesi diverse» del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo si fonda sull'esclusione che questi casi «mascherino in realtà ragioni ritorsive (eventualmente per rivendicazioni retributive in corso di rapporto)». Un ragionamento che «rivela come l'individuazione del regime di stabilità sopravvenga ... all'esito di un accertamento in giudizio, e quindi necessariamente ex post: così affidandone l'identificazione, o meno, al criterio del "caso per caso", rimesso di volta in volta al singolo accertamento giudiziale».

Quindi, se ben si comprende, per la Cassazione la tutela apprestata dal legislatore per il licenziamento ritorsivo non è tale da rimuovere il timore del licenziamento e, quindi, consentire il decorso della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro, poiché tale tutela si concretizza *ex post*, cioè all'esito della verifica giudiziale della natura ritorsiva del licenziamento e non è prevedibile *ex ante*. Come, invece, avveniva con la reintegrazione accordata dall'art. 18 (nel testo originario), quale «*forma di tutela ordinariamente affidata al giudice per rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo "contro ogni forma illegittima di risoluzione"*», anche quella del licenziamento sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo, ma viziato per un'irregolarità meramente procedurale.

Si tratta di una sorta di petizione di principio: la reintegrazione nel caso del licenziamento ritorsivo non esclude il timore del licenziamento perché ... comunque manca la stabilità reale (quella operante sempre e comunque) del vecchio art. 18 e non già, come alcuni sostengono, per le difficoltà probatorie che gravano sul lavoratore onerato della dimostrazione del motivo ritorsivo (unico e determinante). Una tesi quest'ultima che, a dire il vero, appare viziata all'origine perché denuncia l'insufficienza della protezione accordata al lavoratore licenziato per ritorsione non in sé, ma esclusivamente per quanto riguarda la decorrenza della prescrizione.

3.4. ...: stabilità e "predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione"

Preso atto che per la Cassazione il punto determinante per la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro è quello della stabilità che, come si legge nel principio di diritto formulato dalla sentenza annotata, si deve necessariamente connotare anche per la «*predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata*», occorre

esaminare questi requisiti in una duplice direzione: *a) a monte* del recesso, quanto alla predeterminazione delle causali che lo legittimano; *b) a valle*, quanto all'adeguatezza dei rimedi nel caso sia stato illegittimamente esercitato.

Due aspetti che nelle valutazioni della Cassazione scaturiscono dalla medesima esigenza di certezza *ex ante* e non all'esito del controllo giurisdizionale delle garanzie previste a favore del lavoratore in ordine al licenziamento ed al regime sanzionatorio. Una certezza, verrebbe subito da osservare, così fortemente evocata dalla sentenza annotata – e, in questi termini, mai emersa nel pur vasto dibattito sulla prescrizione – che quasi si contrappone alla fiducia da riporre nella funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità.

Venendo al primo punto, la Cassazione ritiene che la stabilità presupponga la «*predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione*».

Ma questo tipo di certezza non è sicuramente riscontrabile nell'applicazione delle nozioni di giusta causa o di giustificato motivo mediante le quali il giudice verifica la legittimità del licenziamento. È, infatti, un dato di comune esperienza che tale legittimità/illegittimità emerge soltanto «*all'esito di un accertamento in giudizio, e quindi necessariamente ex post: così affidandone l'identificazione, o meno, al criterio del "caso per caso", rimesso di volta in volta al singolo accertamento giudiziale*».

La sorprendente conclusione è che la nozione di stabilità fatta propria oggi dalla Cassazione è diversa ed assai più rigorosa di quella stabilità reale derivante dall'art. 18 (testo originario) alla quale avevano fatto riferimento nel 1976 le Sezioni Unite della Cassazione. Non solo, ma è più restrittiva anche di quella stabilità che opera nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, quanto meno con riferimento ai licenziamenti disciplinari per i quali si applica la giusta causa ed il giustificato motivo.

In conclusione, l'impressione che si ricava dalla sentenza annotata è che per stabilire la decorrenza della prescrizione la Cassazione abbia adottato – non saprei dire se consapevolmente, ma sarei portato a dubitarne – non già la stabilità reale derivante dall'art. 18 (testo originario), bensì quella più rigorosa preesistente alla l. n. 604/1966 che ne preclude l'applicazione e che costituiva il presupposto per esonerare il datore di lavoro dal versamento contributivo (a suo tempo dovuto) per l'indennità di disoccupazione.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, «*occorre ricordare che, alla luce dei principi già espressi da questa Corte (cfr. Cass., S.U., 14 ottobre 1988, n. 5570, cui adde Cass., 16 febbraio 2000, n. 1744 e Cass. 5*

luglio 2003, n. 10632; Cass., 12 marzo 2012, n. 3363; Cass., 3 giugno 2015, n. 11487), la stabilità di impiego che, ai sensi dell'art. 40 del R.D.L. 4 ottobre 1935 n. 1827, comporta l'esclusione dell'obbligo di assicurazione contro la disoccupazione per i dipendenti delle aziende private, sussiste – dovendosi essa interpretare in senso pubblicistico – quando ... ai lavoratori sia riconosciuto un determinato stato giuridico che garantisca loro di non essere costretti a lasciare il posto se non quando ricorra una giusta causa, a norma dell'art. 2119 c.c., oppure vi siano altri determinati e giustificati motivi, non soltanto genericamente indicati (come si verifica per la disposizione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966), ma tassativamente stabiliti a priori con criteri restrittivi. La “stabilità d'impiego” che esclude dall'obbligo di assicurazione contro la disoccupazione i dipendenti di aziende private ha, in sostanza, un'intensità maggiore di quella che, ai sensi della L. n. 300 del 1970 per la cosiddetta resistenza del rapporto di lavoro, consente la decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore pur in costanza di tale rapporto (cfr. ex plurimis Cass, 6 febbraio 1990, n. 809; Cass., 14 giugno 1983, n. 4090)»².

3.5.: stabilità e reintegrazione selettiva

Quanto poi all'indissolubile connubio che, secondo la Cassazione, deve legare la stabilità alla reintegrazione *sempre e comunque* è sufficiente ricordare la diversa opinione espressa più recentemente dalla sentenza della Corte costituzionale 25 ottobre 2006, n. 354 in materia di prescrizione di crediti di lavoro (nella specie dei marittimi).

In questa sentenza la Corte, ripercorrendo la propria giurisprudenza in materia, precisa che «per effetto delle sentenze di questa Corte n. 63 del 1966 e n. 174 del 1972, la prescrizione dei crediti scaturenti dal rapporto di lavoro disciplinato dal c.c. inizia a decorrere in corso di rapporto, eccetto che nei casi in cui al datore di lavoro non incombe alcun obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. In tal caso essa decorre dalla cessazione del rapporto stesso. Il regime differenziato della decorrenza della prescrizione dipende, dunque, per i lavoratori comuni, dall'esistenza o meno di una condizione di stabilità del loro rapporto di lavoro»³.

² Così, tra le più recenti, Cass. 23 giugno 2016, n. 13070.

³ Aderendo a questa sentenza G. AMOROSO, *Articolo 18 statuto dei lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant'anni*, Cacucci, Bari, 2022, p. 130, motiva la sua opinione, contrastante con quella della sentenza della Cassazione, per cui «sembra, quindi, potersi escludere che il perimetro della sospensione del termine di prescrizione si sia ampliato (o, al contrario,

Ciò significa che la stabilità adeguata ad escludere il timore del licenziamento può configurarsi anche quando la reintegrazione viene annoverata tra i rimedi all'illegittimità del licenziamento non già in via esclusiva, ma selettivamente per sanzionare i licenziamenti più gravi che sono quelli più temuti in quanto adottati dal datore di lavoro in palese e conclamata assenza dei presupposti su cui devono fondarsi.

3.6. ...: stabilità e contratto di lavoro a termine

La critica mossa alla tesi sull'indissolubile connubio tra stabilità e reintegrazione *sempre e comunque* trova conforto anche nell'affermazione della stessa Cassazione che nel contratto di lavoro a tempo determinato la prescrizione dei crediti retributivi decorre «dal giorno della loro insorgenza, nel corso del rapporto lavorativo e alla cessazione del rapporto, per quelli che maturino da tale momento, in ragione dell'autonoma e distinta considerazione dei crediti originati da ogni contratto, senza alcuna sospensione della prescrizione negli intervalli di tempo tra l'uno e l'altro, per la tassatività delle cause sospensive previste dagli artt. 2941 e 2942 c.c.».

Affermazione quest'ultima che solleva numerose questioni, da affrontare in altra sede, tra le quali spicca quella della prescrizione dei crediti maturati da un lavoratore a termine ove, cessato questo rapporto, dovesse essere successivamente assunto dallo stesso datore di lavoro con un contratto a tempo indeterminato.

Ma il punto che qui interessa evidenziare è solo quello che il recesso *ante tempus* del datore di lavoro non viene punito con la reintegrazione, ma con il risarcimento del danno, individuato e quantificato secondo le regole generali. Quindi, come già segnalato, ciò che occorre verificare per individuare la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi non è l'applicazione generalizzata della reintegrazione, quanto piuttosto la protezione adeguata (anche solo risarcitoria) a fugare il timore del licenziamento.

3.7. ...: la stabilità adeguata a rimuovere il metus del lavoratore e consentire il decorso della prescrizione

Quanto appena detto ci riporta al punto iniziale del ragionamento quel-

ridotto): essa opera tuttora nell'area della tutela obbligatoria e della libera recedibilità, talché è l'applicabilità dell'articolo 18 novellato ad escludere la sospensione del termine di prescrizione dei crediti retributivi».

lo della stabilità adeguata ad escludere che l'inerzia del lavoratore sia causata dal timore del licenziamento.

Un tema che non sembra possa essere risolto, come fa la Cassazione, evocando la stabilità assoluta che sicuramente rimuove alla radice il timore del licenziamento. Una soluzione indubbiamente efficace, ma non dotata di quella efficienza funzionale che è necessaria a preservare l'interesse generale sotteso alla prescrizione, anche nei rapporti di lavoro. Necessità che, invece, trova una risposta nella formula *stabilità adeguata* al senso di relatività che essa esprime.

In questa prospettiva si devono tornare a considerare le diverse forme di stabilità presenti nell'ordinamento giuridico del lavoro subordinato alle dipendenze di un privato datore di lavoro, in ordine di tempo: quella assoluta *ante legem* n. 604/1966; quella obbligatoria l. n. 604/1966; quella reale dell'art. 18, l. n. 300/1970 nel testo originario; quella del vigente art. 18 e, infine, quella del d.lgs. n. 23/2015.

Tra queste forme di stabilità si deve selezionare quella *adeguata* a prevenire il timore del licenziamento secondo una valutazione che, peraltro, non può esaurirsi nell'ambito delle tutele interne al rapporto tra datore e prestatore di lavoro, ma deve estendersi anche a quelle apprestate nel mercato del lavoro a favore del lavoratore incolpevolmente privato della sua occupazione.

Non è, quindi, irrilevante nella considerazione del contesto normativo, ad esempio, il diritto alla Naspi del lavoratore ingiustamente licenziato non reintegrato, indennizzato nella misura fissata dal Giudice; un diritto che, come afferma la Cassazione, si fonda sullo stato di disoccupazione imputabile al datore di lavoro e, quindi, involontario⁴.

Tornando alla tesi della Cassazione – per cui è adeguata la stabilità solo se viene garantita al lavoratore la reintegrazione in ogni caso di licenziamento illegittimo – essa appare non solo infondata sul piano del diritto positivo, ma anche incoerente.

Infondata perché, come si è detto in precedenza, manca una norma che

⁴Così Cass. 21 luglio 2022, n. 22850 chiamata a risolvere la causa promossa dall'Inps per ripetere l'indennità di disoccupazione da un lavoratore che aveva ottenuto una sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro quando «*alla pronunzia non segue l'effettiva reintegra e senza che il lavoratore sia obbligato ad eseguire la sentenza favorevole, l'erogazione dell'indennità di disoccupazione non diviene indebita in quanto lo stato di disoccupazione è provocato, e giustificato, dall'atto datoriale di risoluzione, e non dalla mancata esecuzione del provvedimento giudiziale, e deve quindi ritenersi comunque involontario*».

fissi nella reintegrazione *sempre e comunque* il presupposto necessario ed immodificabile per il decorso della prescrizione.

L'affermazione che questo collegamento si rinviene nella giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 174/1972, ma in senso contrario v. la più recente n. 354/2006, di cui la Cassazione non tiene conto) e di legittimità (sentenza n. 1268/1976) non appare condivisibile, in quanto tale collegamento non ha un valore assoluto né può aver generato una norma di diritto vivente, essendo stato formulato assumendo come riferimento il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo in quel momento vigente e, quindi, non verificata con riguardo alle norme oggi applicabili.

In altre parole, non si mette in dubbio quel principio né nel contesto normativo dei rimedi nel cui ambito venne espresso e neppure, in assoluto, quanto all'efficacia della stabilità reale in ordine alla rimozione del timore del licenziamento, ma deve essere criticata l'aprioristica negazione che altre forme di tutela in materia di licenziamento possano efficientemente portare a rimuovere il *metus* o, quanto meno, a ridimensionarlo in modo da consentire l'applicabilità della regola generale sul decorso della prescrizione (2935, c.c.), anziché dell'eccezione costituita dall'art. 2948, n. 4, c.c. così come modificato dalla Corte costituzionale nel 1966.

La tesi della Cassazione si palesa, inoltre, incoerente in quanto richiama, da una parte, la tutela «*adeguata*» che esprime un valore relativo e non assoluto, ma poi identifica tale adeguatezza nella stabilità reale in applicazione del diritto vivente, senza tener conto che la stabilità reale, a differenza della reintegrazione *modulata o selettiva*, non esiste più nel nostro ordinamento.

Evocare il diritto vivente per eludere il confronto con la dinamica evolutiva del sistema sanzionatorio così come conformato alla Costituzione dalla giurisprudenza costituzionale, significa decontestualizzare la nozione di stabilità e trascurare le modifiche legislative che direttamente (nel rapporto di lavoro) o indirettamente (nel mercato del lavoro) concorrono a proteggere il lavoratore dal licenziamento.

Modifiche che, come più volte si è detto, devono essere poste a confronto non già con la stabilità reale (emersa nel 1972-1976), bensì con quel timore del licenziamento che può essere causa dell'inerzia.

In questa prospettiva si deve muovere dall'osservazione che il vigente sistema dei rimedi al licenziamento illegittimo è stato oggetto di un rigoroso ed approfondito controllo operato dalla Corte costituzionale mirato anche a verificarne il nesso, da una parte, con il «*particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.)*, per rea-

lizzare un pieno sviluppo della personalità umana» e, dall'altra, con la dovuta «garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti». Un controllo, peraltro, effettuato dalla Corte richiamando espressamente la “sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che “il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti” (punto 3. del Considerato in diritto)» (Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, punto 13).

Orbene secondo la Cassazione questi argomenti non sono «*significativi*» quanto alla prescrizione, avendo come scopo quello di motivare l'incostituzionalità del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo.

Ma a tale obiezione si può replicare mettendo in evidenza che, se gli attuali rimedi costituiscono «*un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente*», non si vede come sia allo stesso tempo possibile che essi lascino, comunque, il lavoratore in preda a quel timore del licenziamento che pregiudica la garanzia dell'art. 24, comma 1, Cost. «*di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti*».

In conclusione, la soluzione della questione relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi deve essere data in base alla seguente domanda: la Corte costituzionale nel 1966 avrebbe o meno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4, c.c. avendo come parametro di riferimento (anziché il recesso *ad nutum*) la complessiva disciplina in materia di licenziamento oggi vigente?

Non esiterei a dare a questa domanda una risposta negativa.

4. I problemi applicativi del differimento della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro

Le questioni sollevate dalla sentenza annotata non si limitano a quelle fin qui esaminate, ma riguardano anche non pochi problemi applicativi derivanti dal principio di diritto enunciato dalla Cassazione. Problemi da approfondire in altra sede e che qui ci si limita ad elencare facendo riferimento soltanto a quelli più rilevanti.

4.1. La verifica della legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 2935 e 2948, n. 4, c.c.

Il primo riguarda la sussistenza dei presupposti per la verifica della le-

gittimità costituzionale della norma individuata dalla sentenza annotata nel «combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c.»; norma ormai entrata nel diritto vivente.

Quanto all'ammissibilità dell'eccezione di costituzionalità si può osservare che non si tratta di sottoporre all'esame della Corte la stessa norma che venne dichiarata incostituzionale nel 1966 e neppure sollecitarne un'interpretazione autentica (questioni che, come già detto, sarebbero inammissibili), ma piuttosto di indagare un profilo diverso incentrato più che sull'art. 2948, n. 4, c.c. sull'ambito di applicabilità residuale dell'art. 2935 c.c. che, seguendo la tesi della Cassazione, risulterebbe completamente svuotato per quanto riguarda i crediti retributivi nascenti da un rapporto di lavoro privato.

In questa prospettiva la questione di costituzionalità andrebbe approfondita con riferimento agli artt. 3, 24 e 36 Cost. tenendo conto, non solo delle osservazioni fin qui svolte, ma anche del necessario temperamento tra la tutela giurisdizionale da garantire al lavoratore e l'esigenza di certezza cui è finalizzata la prescrizione; approfondimento che non dovrebbe neppure trascurare la protezione dovuta al diritto di difesa del datore di lavoro gravato da un onere probatorio che ben difficilmente potrebbe essere assolto rispetto a pretese assai risalenti nel tempo. Un bilanciamento che deve essere dotato di una propria razionalità e considerare anche che la necessità (indiscutibile) della tutela costituzionale dei crediti retributivi si affievolisce man mano che aumenta la distanza temporale tra il momento della loro maturazione e quello della realizzazione; distanza che potrebbe vanificare la stessa funzione che l'art. 36 assegna alla retribuzione di consentire al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

4.2. ...: crediti retributivi e crediti garantiti dall'art. 36 Cost.

Il secondo problema riguarda l'ambito applicativo del principio della non decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro.

Infatti, non rientrano in tale ambito tutti i diritti del lavoratore, neppure tutti i crediti di lavoro o quelli riconducibili all'art. 2948, n. 4, c.c. perché da «pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi» e neanche ogni credito avente natura retributiva di cui il dipendente sia (o ritiene di essere) titolare, ma soltanto i crediti retributivi riconducibili all'ambito di tutela dell'art. 36 Cost. sul quale la Corte costituzionale nel 1966 ha fondato l'incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4, c.c.

Il problema, quindi, non è soltanto quello appena segnalato di un credi-

to retributivo che viene reclamato dal lavoratore, ad esempio, dopo trenta o venti anni dalla sua maturazione, ma anche quello di distinguere un credito avente natura retributiva, trattandosi di un corrispettivo della prestazione lavorativa, ed un credito retributivo che concorra anche a realizzare la garanzia prevista dall'art. 36 Cost. Una distinzione che difficilmente sembra possibile negare, attribuendo ad ogni e qualsiasi credito retributivo anche la stessa protezione imposta dalla norma costituzionale.

Ad esempio, si può dubitare che la protezione dell'art. 36 Cost. riguardi un superminimo o un assegno ad personam, pur avendo essi natura retributiva; peraltro, tali crediti non sono neppure «*derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi*» e, quindi, sono validamente rinunziabili (e transigibili) ai sensi dell'art. 2113, comma 1, c.c. (irrinunziabilità evocata, seppur impropriamente, dalla Corte costituzionale nel 1966).

In questo ambito la domanda che, alla fine, appare più rilevante è se l'individuazione dei crediti retributivi garantiti dall'art. 36 Cost. e, quindi, imprescrittibili in costanza di rapporto di lavoro può avvenire utilizzando le indicazioni enucleabili dalla consolidata giurisprudenza sulla c.d. giusta retribuzione che all'interno del complessivo trattamento economico stabilito dal contratto collettivo nazionale di categoria seleziona alcune voci retributive (ad esempio paga base, contingenza, tredicesima mensilità) ritenendo che solo queste possano essere riconosciute *ex art. 36 Cost.* dal giudice, in quanto concorrono a definire la retribuzione costituzionalmente garantita al lavoratore.

4.3. ...: sospensione o temporaneo impedimento al decorso della prescrizione

Il terzo problema applicativo riguarda l'affermazione della Cassazione che all'impedimento alla decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro «*consegue, non già la sospensione, a norma dell'art. 2941 c.c. (per la tassatività delle ipotesi ivi previste e soprattutto per essere presupposto della sospensione la preesistenza di un termine di decorrenza della prescrizione che, esaurita la ragione di sospensione, possa riprendere a maturare), bensì la decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012*».

Quindi secondo la Cassazione la temporanea imprescrittibilità dei cre-

diti retributivi priva di effetti l'inerzia del lavoratore intervenuta quando (e protratta fin tanto che) il rapporto era dotato di stabilità (cioè prima della modifica dell'art. 18 introdotta dalla l. n. 92/2012).

Con la duplice conseguenza che: *a*) possono ritenersi estinti i crediti retributivi soltanto quando per essi il termine quinquennale di prescrizione sia già compiutamente decorso prima dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 18; *b*) l'inerzia del lavoratore dopo tale data non avrà alcun rilievo, in quanto il quinquennio inizierà a decorrere soltanto al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Una conclusione a cui la Cassazione perviene non già sulla scorta della necessità di tutela del lavoratore espressa dalla giurisprudenza costituzionale in materia di prescrizione dei crediti retributivi, ma piuttosto per la ritenuta impossibilità di applicare le generali e tassative regole codicistiche della sospensione della prescrizione che non riguardano il rapporto di lavoro subordinato.

A dire il vero il richiamo alla sospensione operato dalla Cassazione non sembra del tutto pertinente alla stregua della pronuncia di incostituzionalità del 1996 che ha dato vita ad un regime speciale di interdizione al decorso della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro circoscritto al periodo in cui il timore del licenziamento è causa dell'inerzia del lavoratore. Quindi, una imprescrittibilità temporanea il cui effetto deve ritenersi limitato ad impedire l'estinzione dei crediti retributivi del lavoratore, senza ulteriori estensioni come accadrebbe neutralizzando il rilievo dell'inerzia quando essa è avvenuta in assenza di questo timore essendo il lavoratore protetto dalla stabilità.

Le implicazioni della tesi della Cassazione, per chi intenda aderirvi, non sono poche e di poco conto, a partire anche in questo caso dalla verifica della legittimità costituzionale, in via principale, dell'art. 2934, comma 2, c.c. e, in via subordinata, degli artt. 2941 («*rapporti tra le parti*») o 2942 c.c. («*condizione del titolare*») nella parte in cui (irragionevolmente) non prevedono tra le cause di sospensione della prescrizione dei crediti retributivi anche la pendenza di un rapporto di lavoro.

La questione sollevata dalla Cassazione, peraltro, non ha una valenza, per così dire, solo ed esclusivamente transitoria rispetto all'applicazione del principio enunciato dalla sentenza annotata, ma potrebbe anche riguardare un caso ricorrente: quello del contratto di lavoro inizialmente concluso a termine (e, quindi, dotato di stabilità) che sia stato trasformato (senza soluzione di continuità) a tempo indeterminato.

4.4.: continuità del rapporto di lavoro e sostituzione soggettiva del datore di lavoro (nel trasferimento d'azienda e nell'appalto)

Infine, si pongono ulteriori dubbi con riferimento alla prescrizione di quei crediti retributivi che non gravano, almeno in via esclusiva, sul datore di lavoro titolare del contratto in corso di svolgimento. Ciò si verifica, per fare qualche esempio, nel trasferimento d'azienda, in quanto il cedente, pur perdendo la qualità di datore di lavoro, resta obbligato per i crediti maturati prima del trasferimento oppure nell'appalto dove il committente è obbligato in solido con il datore di lavoro-appaltatore *ex art. 29, d.lgs. n. 276/2003*.

In questi casi la permanenza del rapporto di lavoro in relazione al quale il dipendente vanta i propri crediti, potrebbe indurre ad individuare, secondo quanto dice la Cassazione, il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione alla data di estinzione di tale rapporto.

Ma tale soluzione mal si concilia con lo speciale impedimento temporaneo al decorso della prescrizione dei crediti retributivi derivante dall'art. 2948, n. 4, c.c.

Infatti, appare dirimente l'assenza di qualsiasi timore di licenziamento che certamente il lavoratore-creditore non può nutrire nei confronti di un soggetto (il cedente o il committente) carente di legittimazione a licenziare. Non vi sono, quindi, ragioni che impediscano il decorso della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro con riferimento al (co)debitore del credito retributivo che non sia (o non sia più) anche datore di lavoro.

Con riferimento ai casi esemplificati, sembra meno persuasiva la tesi della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto argomentata in base all'intervenuta estinzione (art. 2112 c.c.) o alla carenza (appalto) di un *diretto* rapporto di lavoro con il datore-debitore. Infatti, quanto meno nel primo caso, non c'è alcuna estinzione del rapporto di lavoro (fonte dei crediti retributivi) che prosegue con il cessionario, il quale assume la posizione di datore di lavoro nell'ambito dello stesso ed unico rapporto.

DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE E COUNTDOWN SULLA TENUTA COSTITUZIONALE DELLA DIFFERENZIAZIONE DI CONSEGUENZE DEL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO

Luca Nogler*

1. – Le sentenze della Corte costituzionale nn. 59/2021 e 125/2022 hanno, per così dire, messo il dito nella piaga facendo venire al pettine il nodo che «*senza un filtro che certifichi, come avviene nei licenziamenti collettivi, che il licenziamento risulta effettivamente dovuto a ragioni organizzative, l'obiettivo di differenziare nettamente tra loro – e cioè con presupposti che ingenerino certezza nel sistema – il regime della validità/invalidità del recesso datoriale in relazione all'insussistenza delle due causali del licenziamento prescritte dagli artt. 1 e 3 della l. n. 604 del 1966, rischierà sempre, al più tardi quando la palla passa al giudice, di rivelarsi una mission sostanzialmente impossibile*»¹. Dopo queste due sentenze della Corte cost. è, più precisamente, iniziato il conto alla rovescia che porterà, infine, alla reintroduzione della reintegrazione anche in relazione all'ipotesi dell'assenza delle ragioni organizzative nel contratto a tutele crescenti. Resta, ben inteso, ferma la possibilità per il legislatore di introdurre in entrambe le ipotesi una tutela economica – s'intende realmente dissuasiva – che «*non è il recesso ad nutum*»², ma ciò non pare nell'orizzonte dell'attuale contesto politico.

D'altra parte, sostenere che tra l'assenza delle regioni soggettive e, inve-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Trento.

¹L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in ADL, 2015, p. 533.

²R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 44.

ce, di quelle oggettive sussista una differenza «*ontologica*»³ costituisce – è reso palese dallo stesso aggettivo utilizzato che dovrebbe essere bandito in qualsiasi discorso giuridico - una mera petizione di principio. Su questo, come d'altronde su altre questioni, sarebbe poi sempre opportuno operare una specie di prova del nove di tipo comparato: non conosco alcun sistema in cui la sanzione per l'assenza della giustificazione muti a seconda che il datore abbia auto-qualificato il licenziamento come per inadempimento o per ragioni oggettive. Il punto è che non esistono argomenti a priori che dimostrano l'esistenza di un licenziamento per ragioni oggettive a partire dallo stesso concetto di licenziamento per ragioni oggettive. Se Tizio ha adottato un licenziamento per ragioni oggettive del rapporto di lavoro che intrattiene con Caio dipende dalla sussistenza o no di ben precisi presupposti fattuali. E il medesimo ragionamento vale per il licenziamento per inadempimento. Dietro alla pretesa di attribuire al datore di lavoro un potere qualificatorio del licenziamento pulsa un malcelato afflato neo-liberista di ritorno alla visione einaudiana che bollava le categorie giuridiche di qualificazione del licenziamento come «*mere enunciazioni verbali*»⁴. Fuori dal quadro costituzionale è, infine, a maggior ragione la tesi secondo la quale il datore di lavoro avrebbe addirittura il potere di qualificare il comportamento del lavoro come inadempimento o no⁵. Si tratta di una conclusione aberrante che impropriamente pretende di poggiare sulla teoria delle *capabilities* di Sen che, al contrario di quanto suppone questa parte della dottrina giuridica, non si muove sul piano delle regole ma si ferma a quello dei principi laddove «*l'incompletezza*» rappresenta una «*virtù*»⁶. Sul diver-

³C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, in <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2022/06/LE-TECNICHE-DI-TUTELA-NELLETA-DELLA-GIURISDIZIONE-relazione-AIDLASS.pdf>; nello stesso errore incorre E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in RIDL, 2022, p. 5 ss.

⁴L. EINAUDI, *Postilla al discorso dei georgofoli*, in ID., *Prediche inutili*, vol. IV, Einaudi, Torino, 1956, p. 259.

⁵L. ZAPPALÀ, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2020, tesi non a caso subito stigmatizzata da chi ha scritto l'introduzione al testo che mette in tal modo subito le mani avanti distanziandosi dal contenuto del libro. Nel diritto del lavoro, la deregolamentazione significa solo capacitazione del datore di lavoro e non inderogabilità differenziata che è un ossimoro (contra, ma senza esempi concreti che vadano al di là della deregolamentazione della tutela della professionalità, S. CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in DRI, 2023, p. 95 che confonde quest'ultima con la regolazione controllata e cioè per pochi eletti che godono della contrattazione aziendale).

⁶S. VECA, *L'idea di giustizia globale*, in RF, 2017, p. 17 ss., 31. P. TULLINI, *Postfazione*:

so piano delle regole i principi debbono essere sempre contemperati e nel caso di specie, visto che si parla di inadempimento, ciò andrebbe fatto tra la libertà sindacale e i principi del diritto al lavoro e della tutela della personalità del lavoratore. Come argomentai in un'altra occasione, quando è in gioco il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa, oltre al comune vizio dell'assenza delle ragioni giustificatrici che tocca il principio costituzionale della stabilità dell'occupazione disciplinato dal comma 1 dell'art. 4 Cost.⁷, sussiste anche una questione di protezione della personalità del lavoratore che toccando la personalità del lavoratore impone oltre alla sussistenza della ragione giustificatrice anche una procedura di preventiva contestazione dell'addebito al lavoratore⁸.

2. – Nella prospettiva dinamica testé riassunta, l'affermazione secondo cui «*al di là della natura eccezionale o meno della tutela reintegratoria, non è seriamente controvertibile che essa, rispetto alla tutela indennitaria e tanto meno per effetto degli artt. 3 e 4 d.lgs. 23/2015, abbia ormai carattere recessivo*»⁹ appare una fotografia solo statica o momentanea del presente che può innescare corollari – quale quello della decorrenza della prescrizione a fine rapporto – solo temporanei destinati ad essere ben presto travolti dall'azione futura della Corte costituzionale.

Ma se è – anche solo parzialmente – vero che la Cassazione «*non è più o non più soltanto un giudice (...) bensì un organo di coordinamento fra funzione legislativa e funzione giudiziaria*»¹⁰, allora le sue sentenze vanno lette, ed andrebbero invero anche scritte, in congruenza con il contesto dinamico dell'ordinamento. È falsante parlare delle due sentenze che sono al cen-

un repertorio di immagini del lavoro, in ID. (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 221 osserva criticamente che si tratta di letture dall'«*indubbio valore economico ma*» dal «*debole profilo giuridico*».

⁷E non il comma 2 dell'art. 41 Cost., Corte cost. n. 194/2018 la quale conferma l'assunto per il quale «*i principi di tutela del lavoro che non vengono richiamati dal comma 2 dell'art. 41 cost. si bilanciano direttamente con la libertà d'impresa contemplata dal comma 1 dell'art. 41 stesso senza che la Costituzione indichi criteri prestabiliti di bilanciamento*» L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in DLRI, 2007, p. 600.

⁸L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento*, cit., p. 604.

⁹Cass. 6 settembre 2022, n. 26246.

¹⁰Così B. CAPPONI, *Sul «Ministero della giurisprudenza»*, in FI, 2022, V, c. 251 in aderenza a V. ZENO-ZENCOVICH, *Il Ministero della giurisprudenza*, ivi, c. 214.

tro di questo convegno come di due *arresti* giurisprudenziali. La loro adozione farà, infatti, cessare solo momentaneamente l'incertezza sul momento in cui – la maturazione del diritto soggettivo o la cessazione del rapporto di lavoro – inizia a decorrere la prescrizione. La sentenza deve, realtà, essere letta come se fosse stata redatta con la tecnica di argomentazione di talune sentenze della Corte costituzionale: il loro *dictum* vale *finché* non sarà dichiarata l'incostituzionalità della differenziazione di conseguenza tra assenza del giustificato motivo oggettivo o dell'inadempimento almeno notevole.

3. – Si consideri, inoltre, che la questione qui dibattuta ha sempre e comunque, qualsiasi sia la regola adottata, conseguenze sistematiche. Quando la Corte di Cassazione opererà nuovamente per la decorrenza della prescrizione a partire dal momento della maturazione del diritto soggettivo ciò si riverbererà inevitabilmente sulla disciplina del licenziamento ritorsivo in relazione al quale la giurisprudenza sarebbe quasi certamente indotta ad adottare il punto di vista per il quale, in presenza della rivendicazione del diritto soggettivo entro i termini di prescrizione, scatterebbe un'inversione dell'onere della prova della non ritorsività del successivo licenziamento del lavoratore. Sono considerazioni sistematiche o, se si vuole, dogmatiche che sono però imposte dal principio supremo d'uguaglianza.

Una ripartenza su nuove basi sarebbe possibile solo ad opera del legislatore la cui attività in tema di prescrizione è stata opportunamente invocata da molto tempo¹¹. Se la questione dovesse entrare nell'ordine del giorno dell'attuale Parlamento suggerisco di riflettere seriamente, oltre che sulla riduzione del termine, sull'opportunità, qualsiasi sia il momento dell'*an* di decorrenza della prescrizione, sarebbe ora di ridurre il tempo di inattività del titolare del diritto soggettivo per l'insorgenza della prescrizione. Può forse essere d'interesse a tal proposito che segnali che in Germania, il codice civile (BGB) prevede, dopo la riforma del diritto delle obbligazioni (*Schuldrechtsreform*) che entrò in vigore il 1° gennaio del 2002, un termine triennale di prescrizione estintiva (§ 195) che vale anche per i diritti soggettivi maturati dal lavoratore. Ai sensi del § 201 BGB, il termine di prescrizione triennale decorre dalla fine dell'anno in cui il credito rivendicato è divenuto esigibile. In pratica esso decorre a partire dalla consegna del-

¹¹ Rinvio per tutti a V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, 3, p. 545 ss.

l'ultima busta paga dell'anno quella in cui avvengono tutti i conguagli. L'adozione del termine triennale di prescrizione estintiva per i crediti retributivi – questa sarebbe un'uniformazione non solo al sistema tedesco ma anche a quello francese (Art. L3245-1 del codice francese del lavoro) – con decorrenza dalla consegna della busta paga di dicembre potrebbe essere, per così dire, compensata con sanzioni specifiche qualora il datore di lavoro abbia ommesso di includervi tutto ciò che è maturata in corso d'anno.

Non mi sento, infine, di condividere l'opinione dell'amico Arturo Maresca che circoscrive le garanzie del credito retributivo collegate all'art. 36, comma 1, Cost., compreso la disciplina della decorrenza della prescrizione, alla sola retribuzione sufficiente. Il collegamento è infatti, non con la *regola* della retribuzione adeguata, bensì con il *principio* della retribuzione proporzionata se non addirittura con la generale tutela del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, comma 1, Cost.)¹². Fin dalla storica sentenza n. 63/1966 la Corte parlò della «speciale garanzia che deriva dall'art. 36 della Costituzione» e nella successiva sentenza n. 86/1971 richiamò il principio della retribuzione, non solo sufficiente, ma *proporzionata alla quantità e qualità del lavoro*. Insomma, la retribuzione complessiva.

¹²Corte cost. nn. 1/2020 e 167/2022.

LA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO DOPO LA “LEGGE FORNERO” ED IL JOBS ACT. UNA SENTENZA, QUATTRO DOMANDE

Stefano Bellomo *

1. *L’ordinamento italiano è realmente privo di un regime di tutela adeguata rispetto all’indebito esercizio del potere di licenziamento?*

È giusto, senza timore di apparire ripetitivi rispetto a quanto già esternato dai colleghi, ribadire i ringraziamenti ed il plauso ai colleghi di Fa.Ri. per l’organizzazione di questo incontro, tanto agile nella formula quanto arricchente nei contenuti. A partire da quello come sempre autenticamente magistrale di Edoardo Ghera, a cui è giusto tributare come sempre un sentito e devoto omaggio.

I contributi già svolti hanno già percorso tutte le possibili tracce interpretative che si diramano dalla motivazione della sentenza n. 26246/2022 (sicuro momento iniziale di un orientamento destinato a trovare ampio seguito) cosicché mi sento autorizzato a procedere per salti e chiose rispetto al quadro problematico già esaustivamente tracciato in risposta agli interrogativi formulati in apertura di dibattito da Emilio Balletti.

Condivido l’idea, già espressa da diversi commentatori, che anche a prescindere dalla soluzione interpretativa accolta dal Giudice di legittimità, è la tecnica motivazionale a sollevare alcuni interrogativi.

Il punto di emersione più vistoso di una certa ambivalenza concettuale che condiziona non poco la linearità del ragionamento sviluppato dalla Cassazione risiede, a mio avviso, nella rilevanza decisiva assegnata all’elemento della “predeterminazione” delle “circostanze” (*recte* causali) di legittimo licenziamento, controllabili dal giudice con possibilità del medesimo di «*rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*».

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma “Sapienza”.

Tutte connotazioni, queste, che secondo le recenti sentenze nell'attuale quadro legislativo italiano sarebbero assenti, almeno stando al principio di diritto a cui la motivazione approda e che esplicitamente dà atto della mancanza *«dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata»*: un'espressione che in verità si adatterebbe in termini assolutamente calzanti ad un regime di libera recedibilità *ad nutum* piuttosto che a quello tuttora vigente nell'ordinamento giuridico italiano.

Viceversa, che le discipline attuali rimangano impostate sul principio della giustificatezza come condizione di legittimità del licenziamento e della sanzionabilità (sia pure nei termini gradualmente enunciati dal testo attuale dell'art. 18 della l. n. 300/1970 e degli artt. da 2 a 4 del d.lgs. n. 23/2015) del licenziamento privo di un'adeguata giustificazione o addirittura viziato da una più grave antiggiuridicità perché intimato a fini discriminatori o ritorsivi, appare difficilmente controvertibile.

Il fatto che l'effettiva illegittimità del recesso, la specifica qualificazione di tale illegittimità e, conseguentemente, l'individuazione della sanzione applicabile avvengano e siano fatte oggetto di un ordine giuridicamente vincolante (sia quello di reintegrazione ovvero di condanna al pagamento dell'indennità liquidata a fronte della sproporzionatezza del licenziamento disciplinare o all'inadeguatezza delle ragioni addotte) solo all'esito del sillogismo (e del procedimento) giudiziale, rientra nella piena fisiologia applicativa della norma, di questa come di ogni altra disposizione di disciplina dei rapporti di lavoro; dunque non può essere in alcun modo addotto, evidentemente, né come riprova dell'assenza di "fattispecie di risoluzione" (tuttora definite dalla l. n. 604/1966 e sul punto è utile e per me agevole rinviare alle considerazioni svolte in questo incontro da Arturo Maresca) né come indice della mancanza di stabilità, concetto che rappresenta nucleo centrale su cui avrebbe dovuto e deve concentrarsi ogni riflessione e su cui tornerò più innanzi.

2. *Se e fino a che punto sono disgiungibili le valutazioni di adeguatezza dell'apparato sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile e ai fini dell'individuazione del termine iniziale di decorrenza della prescrizione?*

Sebbene sia senz'altro il più vistoso, quello relativo alla pretesa mancanza di "predeterminazione" non è l'unico passaggio ridondante e logicamente

assai controvertibile che si incontra nella motivazione della sentenza; fa il paio, quanto meno, con le digressioni relative al rapporto tra regime della prescrizione, certezza del diritto e affidabilità dei rapporti che si incontrano nel par. 5.1 della motivazione e che suonano, in effetti, alquanto sorprendenti in considerazione dell’effetto esattamente opposto inevitabilmente conseguente alla sentenza: vale a dire il forte accrescimento del tasso di incertezza conseguente al differimento del termine di prescrizione dalla cessazione del rapporto e della conseguente, fisiologica riduzione potenziale proprio del tasso di attrattività degli investimenti internazionali dell’ordinamento italiano a cui la sentenza fa riferimento.

Così come risulta piuttosto difficile valutare la conferenza delle statuizioni della motivazione in merito alla “comunione di destino” tra lavoratori e imprese correlata al “dato obiettivo” dell’andamento dell’impresa: affermazioni che si risolvono in una valutazione di carattere metagiuridico certamente suvalente e sostanzialmente irrilevante rispetto alla certa ed incontrovertibile contrapposizione di interessi che si manifesta altrettanto fisiologicamente a seguito della rivendicazione in sede giudiziale di crediti da parte del prestatore di lavoro. Una considerazione, peraltro, logicamente estranea al *thema decidendum*, che potrebbe semmai assumere un senso se letta in termini di indiretto invito al legislatore, alquanto irrituale e comunque estraneo, occorre ammettere, all’esercizio della funzione nomofilattica nella sua accezione più ortodossa.

Dando per acquisito, per le ragioni già esposte, che il richiamo alla predeterminazione non può non essere qualificato come una superfetazione, di per sé esulante dal nucleo centrale del principio di diritto elaborato dalla Cassazione, si deve conseguentemente riconoscere – come ha sottolineato in questo incontro Andrea Bollani, riprendendo e sviluppando gli spunti già proposti nel suo intervento al Seminario del 6 ottobre scorso svoltosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università *Sapienza* (con la partecipazione anche di Ilario Alvino, Maria Cristina Cataudella, Domenico Mezzacapo e Paolo Sordi) – che tale nucleo vada ricercato e criticamente esaminato nel riferimento all’adeguatezza della tutela attualmente accordata ai lavoratori subordinati a fronte dell’illegittimo licenziamento nonché al riferimento all’asserita inesistenza di un “regime di stabilità”.

Con riguardo alla prima connotazione è giocoforza sottolineare il visto iato tra le conclusioni raggiunte dal giudice di legittimità e quelle di segno contrario enunciate dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 194/2018 e 150/2020, laddove le pronunce di illegittimità costituzionale parziale degli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015 trovano la loro *ratio* proprio nella

necessità costituzionale (scaturente dagli artt. artt. 3, 4, comma 1, e 35, comma 2, Cost.) di conferire un appropriato livello di adeguatezza al sistema di tutela indennitaria definito dal nuovo regime sanzionatorio definito dalla disciplina del contratto a tutele crescenti. Motivo, quello dell'adeguatezza, che torna a riecheggiare nella motivazione di Corte cost. n. 183/2022, sebbene con esiti differenti in ragione dell'imprescindibilità, sia pure *rebus sic stantibus* e con riserva di nuove e diverse conclusioni in caso di inerzia del legislatore rispetto al compito di ridefinizione del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato applicabile ai datori di lavoro di ridotte dimensioni.

Di qui la singolarità di una declinazione innegabilmente anfibologica di un apparato sanzionatorio che sebbene sia stato riportato, ad avviso della Corte costituzionale, ad un livello "adeguato" di dissuasività per i datori di lavoro non lo sarebbe tuttora a tal punto, secondo il giudice di legittimità, da scongiurare la persistenza del «*metus del lavoratore per la sorte del rapporto di lavoro ove egli intenda far valere un proprio credito*».

Come a dire, piuttosto paradossalmente, che quello attuale, "ortopedicamente" accomodato dalla Corte costituzionale, è un sistema adeguatamente protettivo del "bene della vita" di entità più consistente, ossia il posto di lavoro, ma che al contempo non lo è/sarebbe abbastanza per assecondare la salvaguardia di quello/quelli di valore specifico più limitato, vale a dire alcuni singoli cespiti retributivi.

3. *Esiste un concetto giuridico "immanente", univoco ed immutabile di "stabilità"?*

A necessario (ma non so se possa anche dirsi sufficiente) sostegno della conclusione appena richiamata contribuisce in termini decisivi, nell'impianto della motivazione, l'"oggettiva precognizione", espressamente qualificata come tale dalla Cassazione, secondo la quale la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto (indipendente dal grado di adeguatezza di diverse tutele "predeterminate" e comunque dissuasive) è indissolubilmente legata all'esistenza di un sistema sanzionatorio in cui la reintegrazione costituisca per espressa volontà del legislatore l'unica sanzione "contro ogni illegittima risoluzione", virgolettato che ricorre ripetutamente nella motivazione e rinvia apertamente a quella di Corte cost. n. 174/1972 e di Cass., Sez. Un., n. 1268/1976.

Quanto sia conciliabile tale affermazione con la relatività, la storicità e

la non infungibilità della tutela reintegratoria rispetto ad altri possibili paradigmi attuativi – ed altrettanto effettivi – dei principi di cui agli artt. 4 e 35 Cost., già riconosciute da Corte cost. n. 46/2000 e più recentemente rimarcate da Corte cost. n. 194/2018 (in necessario ossequio alla discrezionalità del legislatore in materia di licenziamento già riconosciuta da Corte cost. n. 189/1980 e n. 129/1976) è questione sulla quale dovremo continuare ad interrogarci; così come dovrà proseguire la riflessione sulla correttezza sistematica di una soluzione interpretativa che assume a riferimento, come evidenziato, ancora, da Arturo Maresca, una nozione astratta ed ipotetica di stabilità che non possiede più una sua base di diritto positivo, proprio in ragione ed in conseguenza dell’esercizio della discrezionalità legislativa che ha condotto all’introduzione di un regime sanzionatorio (in parte) alternativo.

4. *La soluzione accolta dalla Corte di Cassazione favorisce una regolazione organica della materia o evidenzia la necessità di un intervento legislativo o di un riesame di costituzionalità?*

Nel ragionare sulle possibili forme di declinazione di queste a mio parere non trascurabili fonti e ragioni di perplessità, oltre ad auspicare con un certo pessimismo della ragione una rimeditazione dell’*iter* argomentativo sviluppato dalle sentenze che stiamo qui commentando da parte della stessa magistratura ordinaria, non si può evitare di associarsi all’insieme delle voci che si esprimono in favore della risolutività di un intervento legislativo.

Si tratta di una soluzione che presenterebbe diversi valori aggiunti: oltre al possibile incremento del tasso di certezza del diritto (e alla possibile introduzione di meccanismi di gradualità, come ipotizzato poco fa da Francesco Santoni; anche se mi è personalmente difficile immaginare opzioni intermedie tra la soluzione della decorrenza immediata ovvero di quella differita alla cessazione del rapporto di lavoro) potrebbe includersi tra di essi anche quello di carattere teorico-sistematico della definitiva composizione delle problematiche interpretative che la dottrina civilistica, a dispetto dell’apparente robustezza degli assetti elaborati dalla giurisprudenza costituzionale fino all’intervento “demolitore” operato dalla giurisprudenza che stiamo commentando, ha continuato a sollevare in merito all’effettiva plausibilità dell’inclusione dei crediti di lavoro entro l’ambito di applicazione dell’art. 2948, n. 4, c.c. (è utile richiamare, a tal proposito, le opinioni espresse da D. BONAMORE, *L’erronea assimilazione dei crediti di lavoro*

agli interessi, ai canoni enfiteutici, ai diritti di legnatico, alle congrue parrocchiali nel quadro dell'art. 2948 c.c., in GC, 1995, II, p. 71 ss., e successivamente da P. CAPELLO, *La prescrizione civile, penale e tributaria*, in *Trattato P. Cendon* (a cura di), II ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 481 ss., ma per una più ampia ricostruzione di tale filone teorico è utile rinviare a V. MAIO, *Stabilità e prescrizione del c.d. lavoro a tutele crescenti*, in ADL, 2015, p. 545 ss.).

Né va trascurata anche e soprattutto nella prospettiva di un possibile intervento legislativo, l'esigenza di restituire alla materia della prescrizione dei crediti di lavoro un'organicità che, allo stato ed alla luce della soluzione interpretativa accolta dal giudice di legittimità appare allo stato fortemente messa in discussione.

La declaratoria di incostituzionalità della disposizione codicistica è stata emessa in rapporto all'art. 36, primo capoverso, Cost. il cui ambito di applicazione, secondo la lettura universalmente condivisa e ribadita più volte dalla Corte costituzionale anche e proprio in rapporto all'istituto della prescrizione (sentenze nn. 39/1969, 10/1970, 115/1975 e 40/1979) non si estende all'intero spettro dei trattamenti retributivi spettanti al prestatore di lavoro, ma solo a quelli compatibili con la *ratio* della norma costituzionale e quindi rientranti nel c.d. minimo costituzionale o trattamento fondamentale (Cfr., tra le molte pronunce in tal senso Cass. nn. 15148/2008, 2532/2009 e 21274/2010).

La distinzione ad es. tra la circoscritta nozione di retribuzione rientrante nel minimo costituzionale e quella, più ampia, assunta a riferimento ad es. per la quantificazione del minimale contributivo è stata chiaramente rimarcata dalla stessa Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 11199/2002; Cass. nn. 6024/2000; 1767/2000; 12122/1999).

La lettura, universalmente condivisa, che assegna all'art. 36 Cost. il significato non di un generico principio di ampiezza indefinita estensibile ad ogni istituto retributivo, bensì di una "regola" puntualmente riferibile ad una parte dell'intero corrispettivo della prestazione lavorativa dà luogo, pertanto, ad implicazioni che procedono nella direzione di una possibile diversificazione di regimi prescrizionali che non mancheranno di essere sviluppate in chiave problematica nei prossimi dibattiti; una potenziale ed a mio avviso inevitabile diversificazione che senz'altro meriterebbe, in una prospettiva *de iure condendo*, di un intervento di razionalizzazione e semplificazione.

Con riguardo, infine, all'eventualità di una riproposizione della questione di costituzionalità in relazione al nuovo assetto regolativo della "stabilità" mi sentirei di condividere in parte lo scetticismo già manifestato da di-

versi commentatori, competendo alla giurisprudenza ordinaria l'adozione dell'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni legislative in materia di prescrizione come parzialmente riscritte dalle pronunce della Corte costituzionale succedutesi a partire dal 1966. Senza escludere tuttavia in assoluto e *a priori* l'ipotesi di una questione di costituzionalità rivolta all'emanazione di una sentenza interpretativa/sull'interpretazione che potrà consolidarsi o meno nel diritto vivente, similmente a quanto già verificatosi in materia di lavoro con la sentenza n. 204/1982 e più recentemente, in ambiti diversi, con le pronunce nn. 78/2007 e 395/2008.

Vi è forse un ulteriore profilo di costituzionalità che riterrei di segnalare e che riguarda la generale riespansione del differimento del termine di prescrizione in rapporto agli artt. 24, nella sua specifica accezione di garanzia del diritto di difesa e 3 Cost., quale espressione del generale principio di ragionevolezza.

Attualmente, i molteplici termini legislativamente stabiliti per la conservazione dei documenti aziendali che permettono, tra l'altro, una ricostruzione dei trattamenti retributivi erogati ai lavoratori sono fissati assumendo come *dies a quo* il momento della loro redazione (in applicazione del principio generale di cui all'art. 2220 c.c.), sicché l'adozione di una condotta di piena osservanza di tali disposizioni legislative potrebbe incidere negativamente sul diritto di difesa del datore di lavoro che venga chiamato a resistere in giudizio rispetto a rivendicazioni retributive molto risalenti nel tempo.

A fronte di una così marcata ed ormai sedimentata asimmetria regolativa, la Corte potrebbe essere chiamata a valutare se la ragionevolezza complessiva di tale quadro possa essere tuttora riconosciuta in via interpretativa; ovvero se, anche alla luce della lettura offerta dalla Cassazione e del forte effetto di “sfasatura” da essa prodotto su un intero aggregato normativo stratificatosi negli anni, volto all'obiettivo della certezza dei rapporti e rispetto al quale il principio della possibile decorrenza della prescrizione in corso di rapporto rappresentava una premessa basilare, le norme in materia di prescrizione non debbano essere fatte oggetto di una pronuncia additiva di principio che assegni al legislatore il compito di provvedere ad un intervento di razionalizzazione complessiva della materia.

A tal proposito è utile richiamare l'ordinanza di non manifesta infondatezza n. 138 del 17 novembre 2022 emessa dal Tribunale di Roma, la quale ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità per possibile contrasto con il principio di ragionevolezza promanante dall'art. 3 Cost. dell'art. 937 cod. nav., a norma del quale «*i diritti derivanti dal con-*

tratto di lavoro del personale di volo si prescrivono col decorso di 2 anni dal giorno dello sbarco nel luogo d'assunzione successivamente alla cessazione o alla risoluzione del contratto», che verrà discussa di fronte alla Corte il prossimo 23 maggio.

Da un lato il Tribunale ha sottolineato la mutata condizione del personale di volo, un tempo interessato da frequenti e prolungati spostamenti e brevi soggiorni in residenza, anche a seguito delle innovazioni normative in tema di tempi di lavoro (con particolare riferimento all'avvenuto recepimento della direttiva 2000/79/CE relativa all'Accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo dell'aviazione civile disposto dal d.lgs. 19 agosto 2005, n. 185) che hanno fatto venir meno gli ostacoli, primo fra tutti «*la fisica lontananza dal foro competente*» che in precedenza riducevano fortemente per questi lavoratori le possibilità di curare le proprie esigenze extralavorative e rappresentava, per espresso riconoscimento della stessa Corte costituzionale (sentenza n. 354/2006), la principale *ratio* giustificativa di un regime di prescrizione differenziato per questa categoria di prestatori di lavoro.

Dall'altro lato il medesimo remittente ha evidenziato come «*la prospettata irragionevole disparità emerge anche rispetto alla posizione del soggetto debitore, in quanto l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, molto rilevante nell'attività d'impresa, data la necessità per le aziende di poter prevedere i costi della componente lavorativa del ciclo produttivo, viene allo stato a trovarsi diversamente soddisfatta a seconda della norma applicabile in tema di prescrizione, senza, come precisato, che a ciò corrisponda un fattore giustificativo adeguato sul piano giuridico*».

In uno scenario così frammentario, controverso e caratterizzato dalla compresenza di spinte e orientamenti contrastanti (l'ordinanza romana si pone nella prospettiva opposta a quella della Cassazione, prospettando l'estensione al personale di volo del principio della decorrenza della prescrizione in corso di rapporto) il richiamo ad un'un'assunzione di responsabilità da parte del legislatore non è certamente ed ingenuamente fiducioso, ma appare, altrettanto indubbiamente, doveroso.

LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO: OMBRE ED EFFETTI DELL'INTERVENTO DELLA CASSAZIONE

Andrea Bollani*

1. Il dictum assiomatico della Cassazione: una soluzione politica

La soluzione cui sono giunte le recenti (ed attese) pronunce della Corte di cassazione¹ è, probabilmente, quella che i più prevedevano². Ed è anche quella che, seppur in modo non univoco, sembrava prevalere nella giurisprudenza di merito³.

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Pavia.

¹Cass. 6 settembre 2022, n. 26246 e 20 ottobre 2022, n. 30957.

²Il problema dell'individuazione del momento iniziale di decorrenza della prescrizione, nei rapporti di lavoro assoggettati al novellato art. 18 St. lav., ha iniziato ad essere discusso, da subito, allorché nel 2012 il legislatore – peccando per omissione, si potrebbe dire con il senno di poi – non ritenne di affrontare e risolvere *ex lege* la questione, che pure veniva inevitabilmente sollecitata dal modificato regime di tutela avverso il licenziamento illegittimo. Tra i primi commenti si possono richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività, nel senso di ritenere che la novella dell'art. 18 St. lav. avesse indebolito la protezione del lavoratore al punto da rendere necessaria la posticipazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 562; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 368; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 243; V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, p. 545 ss.; in senso contrario, ritenendo che il mutato regime normativo non impedisse il decorso della prescrizione in costanza di rapporto, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 40; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 621; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 880.

³La più recente ricognizione della quale è rinvenibile in A. TURSI, *La prescrizione dei*

Essa, peraltro, segna un indirizzo interpretativo che appare difficilmente reversibile, quanto meno nel breve periodo; sicché, anche per questo, rischierebbe di risultare meramente retrospettivo continuare ad attardarsi nella formulazione di mere note di assenso ovvero dissenso rispetto al *dictum* della Suprema Corte.

Nondimeno, al fine di affrontare alcuni nodi problematici che interrogano l'interprete sulle ricadute applicative di queste sentenze, occorre pur sempre valutare la razionalità e la fondatezza di esse, alla luce dei dati normativi offerti dall'ordinamento, nonché alla luce della genesi e della *ratio* della regola di diritto vivente che per decenni è stata applicata da generazioni di giuslavoristi in tema di decorrenza della prescrizione: una regola, come noto, sostanzialmente implicante una bipartizione tra rapporti assoggettati a tutela reale e rapporti assoggettati a mera tutela obbligatoria.

Sotto questo profilo, la Corte si è pronunciata in termini perentori, là dove essa ha affermato che un rapporto di lavoro può dirsi stabile, in termini tali da rimuovere la ragione (ossia il *metus* gravante sul lavoratore) della posticipazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, soltanto qualora il sistema delle tutele preveda la reintegrazione e soltanto se l'accesso ad essa sia previsto (e dunque conosciuto *ex ante*) quale rimedio generalizzato a fronte di ogni ipotesi di licenziamento viziato.

Sostanzialmente, in tal modo, la Cassazione afferma che solo una disciplina coincidente con quella contenuta nel vecchio testo dell'art. 18 St. lav. sia idonea ad elidere il *metus* ed a giustificare la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto.

Si tratta di una conclusione che – per le ragioni che ho avuto occasione di esporre più ampiamente in sede di annotazione della sentenza⁴ – appare invero assiomatica e, in definitiva, fondata su un'opzione interpretativa squisitamente politica⁵, come tale certamente possibile e praticabile, ma,

crediti retributivi nei rapporti di lavoro “destabilizzati”: l'insostenibile leggerezza del metus, in *DRI*, 2022, p. 308 ss.; nel senso di ritenere che la novella dell'art. 18 St. lav. implicasse la posticipazione della decorrenza della prescrizione alla cessazione del rapporto, cfr. App. Milano 25 ottobre 2021, in *DRI*, 2022, p. 308; App. Milano 30 aprile 2019, in *LPO*, 2019, p. 416; Trib. Milano 16 dicembre 2015, in *LG*, 2016, p. 295; in senso contrario, ritenendo che la prescrizione potesse continuare a decorrere in costanza di rapporto, cfr. App. Milano 24 gennaio 2020, in *LG*, 2020, p. 664; App. Milano 26 febbraio 2020 e Trib. Napoli 12 novembre 2019, in *RIDL*, 2020, II, p. 269; App. Brescia 16 novembre 2018, in *LPO*, 2019, p. 416.

⁴V., se vuoi, A. BOLLANI, *La Cassazione supplisce al silenzio del legislatore: la prescrizione dei crediti di lavoro non decorre in costanza di rapporto*, in *DML*, 2022, p. 682 ss.

⁵Così anche A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi*, cit., p. 316.

proprio perché tale, insuscettibile di essere convalidata ovvero confutata sul piano dell'argomentazione razionale propria del metodo giuridico.

A ben vedere, l'individuazione del punto di bilanciamento tra garanzia di effettività dei diritti e delle tutele, da un lato, ed esigenze di certezza dei rapporti giuridici, alle quali è preordinato l'istituto della prescrizione⁶, dall'altro, è per definizione una questione, per l'appunto, politica.

Ed è una questione rispetto alla quale non si può nemmeno dire che la Corte costituzionale – nella nota sequenza di sentenze racchiuse tra il 1966 ed il 1972⁷ – avesse fornito univoca soluzione, enunciando semmai talune indicazioni di principio, riferendosi alla necessità di tenere conto dell'esistenza di rapporti di lavoro muniti di caratteri di «*resistenza*»⁸ (con un riferimento essenzialmente indirizzato al pubblico impiego, in un tempo in cui nel lavoro privato nemmeno era in vigore la l. n. 604/1966 ed era ammesso il recesso *ad nutum*) ovvero di «*stabilità*»⁹, tali da elidere il *metus* gravante sul lavoratore.

⁶O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 141 ss., mette in evidenza come al fondo si contrappongano, nelle diverse visioni dei giuristi, il perseguimento di fini di certezza del diritto (ed oserei aggiungere, pur senza velleitarie ingenuità positivistiche, di democrazia), da un lato, ed esigenze di giustizia, dall'altro.

⁷Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, in *FI*, 1966, I, c. 985; Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143, in *RGL*, 1969, II, p. 711; Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in *GCost*, 1972, 2, p. 108.

⁸Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, cit.

⁹Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174, cit., la quale, singolarmente, nemmeno riguardava un'ipotesi di prescrizione, bensì di decadenza contenuta in una clausola di un contratto collettivo recepito in d.p.r.: la sentenza conteneva peraltro alcune equivoche sfasature, poiché in essa si legge dapprima – ed è l'inciso poi generalmente valorizzato e citato dalla successiva giurisprudenza ordinaria – che «*una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*» (fornendo così linfa all'argomento dell'equazione tra stabilità e reintegrazione); ma si legge anche, poco oltre, che «*alla conclusione ora enunciata non può pervenirsi in tutti quei casi (come sono per esempio quelli risultanti dall'art. 11 della legge n. 604/1966) per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione; sicché per essi deve rimanere fermo il principio che vieta di far decorrere il termine di decadenza per le impugnative in materia di crediti da lavoro dipendente nel periodo di durata del rapporto*» (così apparentemente facendo discendere la necessità di posticiparne la decorrenza dalla carenza di limiti legali alla facoltà di recesso, e non già dal regime dei relativi rimedi). E tale seconda ricostruzione sembrava avvalorata dal dispositivo, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 49, comma 3, del contratto collettivo 24 maggio 1956 per i dipendenti dalle case di cura private, recepito dall'articolo unico del d.P.R. 14 luglio 1960, n. 1040, «*nella parte che fa decorrere il termine di decadenza per i reclami dei dipendenti medesimi dal giorno in cui il pagamento venga effettuato o*

Sennonché, atteso che né la “resistenza” né la “stabilità” corrispondevano ad una nozione legale puntuale, impedendo così che da esse sorgesse un grado rigido di vincolatività per l’interprete, fu la giurisprudenza ordinaria a doversi incaricare del compito di estrarre dal sistema una *regula iuris*; sicché toccò alle Sezioni unite della Cassazione consacrare la divaricazione tra i due regimi normativi dell’art. 18 St. lav. e dell’art. 8, l. n. 604/1966 quale *discrimen* rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro¹⁰.

Tale approdo costituì espressione di un’opzione interpretativa, la quale – alla luce del quadro normativo dell’epoca, del vistoso scarto di tutela tra art. 8 ed art. 18 e dell’incidenza di tali diversi livelli di tutela sul *metus* del lavoratore – poteva certamente ritenersi coerente con l’impianto di quelle sentenze costituzionali e con la *ratio* che le sorreggeva, al punto da non essere mai seriamente messa in discussione nei decenni successivi.

2. Il silenzio del legislatore

A fronte dei sopravvenuti mutamenti della legislazione – segnatamente, a fronte della novella dell’art. 18 St. lav. – la questione della decorrenza della prescrizione è tornata a farsi problematica.

Ma, benché si tratti, come detto, di questione essenzialmente politica, il legislatore del 2012 non ha ritenuto di affrontarla, costringendo così gli interpreti – ed infine il giudice di legittimità – a surrogarsi in questo compito.

Se è vero che l’equazione tra l’inapplicabilità della reintegrazione e la posticipazione della decorrenza della prescrizione costituì il frutto di un’opzione interpretativa della giurisprudenza¹¹, di essa può dirsi che fu certamente condivisibile nel contesto normativo in vigore quando le Sezioni Unite nel 1976 la adottarono; ma anche che essa, proprio per questo, si connotava come soluzione storicamente data, come in fondo confermò successivamente la stessa Corte costituzionale nel 1979¹².

omesso, anche per i rapporti di lavoro non considerati dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

¹⁰ Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *FI*, 1976, I, c. 915.

¹¹ Per una ricostruzione complessiva del problema, a partire dalle sentenze costituzionali e con individuazione delle loro proiezioni sulla giurisprudenza ordinaria, cfr. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983.

¹² Corte cost. 1° giugno 1979, n. 40; Corte cost. 1° giugno 1979, n. 41, entrambe in *FI*, 1979, I, c. 1648, affermarono esplicitamente che la Corte costituzionale non avesse compe-

Di certo vi è che, come per tutte le questioni politiche, sarebbe stato (e sarebbe tuttora) preferibile udire una parola da parte del legislatore, al fine di stabilire, anzitutto, se debba ritenersi razionale assoggettare alla medesima regola di decorrenza posticipata della prescrizione – come risulta oggi a seguito dell'intervento della Cassazione – tutti i rapporti di lavoro: quelli soggetti al novellato art. 18 St. lav., quelli soggetti alla disciplina del d.lgs. n. 23/2015, come pure quelli regolati dall'art. 8, l. n. 604/1966, malgrado la considerevole differenza di intensità delle relative tutele.

Sebbene si possa dubitare, facendo esercizio di realismo, della sussistenza di un'effettiva volontà politica di intervenire *ex lege* in termini complessivi, ora, sul tema della prescrizione¹³ (considerando che il legislatore ha omesso di farlo quando avrebbe potuto e dovuto, nel 2012), resta infatti pur sempre una punta di perplessità rispetto ad un esito che considera, come ritiene la Cassazione, la tutela indennitaria di per sé insufficiente – a prescindere, dunque, dalla sua misura – al fine di elidere il *metus* gravante sul lavoratore, ritenendo a tal fine equivalente la previsione di un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità (art. 8, l. n. 604/1966) ovvero tra 12 e 24 mensilità, senza detraibilità dell'*aliunde perceptum* (art. 18, comma 5, St. lav.).

Rendere azionabili crediti retributivi a considerevole distanza di tempo da quando sono divenuti esigibili – in ipotesi, nel caso di rapporti contrattuali che durino molto a lungo, anche una volta trascorsi decenni – dovrebbe sollecitare la responsabilità del legislatore, se non nel senso dell'adozione di una disciplina variamente modulata (tenuto conto, come detto, della differente intensità dei vari regimi di tutela in materia di licenziamento), quanto meno nel senso, come da taluno ipotizzato¹⁴, di estendere ai crediti retributivi il doppio regime decadenziale delineato dall'art. 6, l. n. 604/1966 con decorrenza dal momento della cessazione del rapporto.

tenza a fornire interpretazioni autentiche di sorta delle proprie sentenze e che spettasse semmai alla giurisprudenza ordinaria ricavare, alla luce del contesto normativo, gli effetti di quelle sentenze sulla disciplina applicabile al caso concreto.

¹³ Forse solo il recente invito-monito della Corte costituzionale al legislatore in tema di disciplina dei rimedi avverso il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese potrebbe fornire l'occasione per affrontare anche il problema della decorrenza della prescrizione: Corte cost. 22 luglio 2022, n. 183.

¹⁴ V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, p. 564.

3. La divaricazione rispetto al trend giurisprudenziale in materia di rimedi avverso il licenziamento

Un intervento del legislatore potrebbe invero favorire una sistemazione ordinata del problema, nel quadro di una sua armonizzazione con gli assetti complessivi dei rimedi avverso il licenziamento illegittimo ridisegnati dagli interventi della stessa Cassazione in tema di licenziamento disciplinare¹⁵ e, soprattutto, della Corte costituzionale in materia di giustificato motivo oggettivo¹⁶.

Il nesso è a tal punto evidente¹⁷ che la stessa Cassazione ha avvertito la necessità di affrontarlo, affermando come non sia «seriamente controvertibile» che la tutela reintegratoria, «tanto più per effetto degli artt. 3 e 4, d.lgs. n. 23/2015, abbia ormai un carattere recessivo».

Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione impegnativa – non tanto nella parte relativa al regime eretto dal d.lgs. n. 23/2015, in cui nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo la tutela indennitaria, in effetti, ha addirittura un carattere esclusivo, coonestato, al di là della flessibilizzazione

¹⁵ Si veda il progressivo scivolamento della fattispecie della insussistenza del fatto contestato, di cui al comma 4 dell'art. 18, da un'iniziale concezione in termini di fatto meramente materiale (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669) ad una, condivisibilmente più ampia, che vi ricomprende il fatto materialmente sussistente ma disciplinarmente irrilevante (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540). Ma si veda anche, da ultimo, la più discutibile Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, secondo la quale il giudice può sussumere la condotta addebitata al lavoratore in una previsione contrattuale che, seppur con clausola generica ed aperta, punisca l'illecito disciplinare con una sanzione conservativa, così determinando un più ampio accesso alla tutela reintegratoria, senza che tale operazione di interpretazione e sussunzione trasmodi, secondo la Cassazione, nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato.

¹⁶ Cfr. Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59; Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125.

¹⁷ Proprio il rapporto rinvenibile tra le diverse forme di tutela dispensate dall'art. 18 St. lav. aveva indotto alcuni autori a ritenere, prima delle più recenti evoluzioni del quadro giurisprudenziale, che la prescrizione non potesse decorrere in costanza di rapporto, atteso il carattere residuale della reintegrazione: O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità*, cit., p. 151. Ma, specularmente, altri avevano ritenuto – in un tempo di poco successivo, dopo la virata della Cassazione in materia di clausole generiche o elastiche del contratto collettivo implicanti l'applicazione di sanzioni conservative (Cass. 11 aprile 2022, n. 11665, cit.), nonché dopo l'espunzione dell'aggettivo «manifesta» dal testo del comma 7 dell'art. 18 ad opera della Corte costituzionale (Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, cit.) – di poter argomentare in senso contrario, a sostegno della decorrenza della prescrizione, proprio per effetto della riacquisita centralità della reintegrazione: P. SORDI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori restaurato*, in *GC.com*, 2022, p. 12.

del *quantum* di tutela, anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018¹⁸ – quanto semmai nella parte relativa all’art. 18 St. lav., rispetto al quale la Cassazione si preoccupa di sottolineare che nemmeno dopo la sentenza n. 125/2022 della Corte costituzionale la reintegrazione copre qualsiasi tipo di vizio¹⁹.

Invero, la sentenza annotata sembra in tal modo svalutare la tensione dialettica dispiegatasi tra legislatore e giudice delle leggi²⁰ attorno alla materia del licenziamento, al punto che i margini che oggi residuano per l’applicabilità della mera tutela obbligatoria appaiono quanto mai ridotti²¹; e ciò a meno di non ritenere – come autorevolmente indicato addirittura da un componente della Consulta, pur espressosi nella sua veste di studioso e non *uti iudex* – che la sentenza n. 125/2022 dovrebbe invece indurre un ripensamento della giurisprudenza di Cassazione che ha sancito, da qualche anno a questa parte, l’applicabilità della tutela reale anche in caso di violazione dell’onere di *repêchage*²².

¹⁸ Mi permetto sul punto di rinviare ad A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l’assestamento?*, in *DRI*, 2019, p. 214 ss.

¹⁹ La Corte di cassazione ha anche disinnescato, in tal caso condivisibilmente, l’argomento, in sé effettivamente debole, secondo cui la previsione della reintegrazione nell’art. 18 novellato per il caso di licenziamento nullo (ed in particolare per il licenziamento c.d. ritorsivo, riguardato alla stregua di archetipo della temuta reazione datoriale che inibirebbe l’esercizio dei diritti di credito del lavoratore) basterebbe ad escludere il *metus*, come era stato opinato in dottrina: cfr. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?*, in *RIDL*, 2020, I, p. 272; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, p. 155.

²⁰ Come noto, una quaterna di ravvicinate sentenze ha inciso profondamente, al punto da catturare l’attenzione corale dei giuslavoristi, sul sistema delle tutele in caso di illegittimità del licenziamento: Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194; Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150; Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59; Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125.

²¹ Lo rileva anche A. MARESCA, *Reintegrazione «recessiva» e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)*, in *RIDL*, 2022, I, p. 445 ss.

²² G. AMOROSO, *Articolo 18 statuto dei lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant’anni*, Cacucci, Bari, 2022, p. 274, osserva come, in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale, «andrà probabilmente ridefinita la nozione di insussistenza del fatto, non più manifesta (...) la fattispecie di insussistenza del fatto potrà recuperare confini maggiormente circoscritti alla materialità del fatto stesso, non integrata dall’eventuale mancato assolvimento della prova del *repêchage*, come in precedenza ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità. Il mancato assolvimento, da parte del datore di lavoro, della prova della collocabilità del lavoratore eccedentario in altre mansioni condiziona sì la valutazione di legittimità, o no, del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma non attiene alla sussistenza/insussistenza del fatto».

Non è ovviamente possibile sapere se ed in quale misura sulla pronuncia della Cassazione possa avere influito il timore di un'ulteriore censura della propria giurisprudenza ad opera della Consulta²³, ma sta di fatto che la reintegrazione come rimedio generalizzato diviene a questo punto, nel diritto vivente, indispensabile al fine di consentire il decorso della prescrizione in costanza di rapporto.

Al che, in definitiva, ci si avvede che gli unici rapporti di lavoro che possano dirsi muniti di tale peculiare forma di stabilità sono oggi quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per i quali può dunque ritenersi che la prescrizione decorra anche durante la vita del rapporto²⁴.

4. *L'art. 36 Cost. ed i crediti di lavoro a prescrittibilità differita*

Per tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze dei privati, quindi, il momento iniziale di decorrenza della prescrizione va fatto coincidere con la cessazione del rapporto di lavoro.

A tale proposito, ci si chiede tuttavia quali crediti rientrino nella portata applicativa di tale regola²⁵, sorgendo detto quesito dal rilievo che, sin dalla prima risalente pronuncia costituzionale del 1966, il parametro di costituzionalità è sempre stato costituito dall'art. 36 Cost.

Di qui si potrebbe essere portati a ritenere che i crediti a cui applicare la regola di posticipazione della decorrenza della prescrizione siano solo quelli derivanti dalla nozione di retribuzione garantita dal precetto costitu-

²³ Si pensi ad almeno due rilevanti vicende. Dapprima, la Cassazione aveva aperto alle letture che ritenevano facoltativo l'ordine di reintegrazione nel disposto del comma 7 dell'art. 18 St. lav. (Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366), cadendo però sotto la scure della sentenza costituzionale n. 59/2021. Poi, la stessa Cassazione aveva mostrato di assecondare la prassi che tendeva a differenziare il controllo sul licenziamento disciplinare da quello per motivo oggettivo, sulla base di una differente strutturazione dei relativi rimedi; il che è stato travolto dalla sentenza costituzionale n. 125/2022, nel segno dell'uniformazione delle tutele per i due tipi di licenziamento.

²⁴ Stante il disposto dell'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001; in ordine alla circostanza che per tali rapporti la decorrenza della prescrizione non vada posticipata a partire dalla loro cessazione, cfr. P. PASSALACQUA, *La Cassazione supera il regime differenziato della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *LPO*, 2022, p. 802; F. SANTONI, *Prescrizione e stabilità dopo l'intervento della Corte di Cassazione*, in *DML*, 2022, p. 643; F. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *LG*, 2022, p. 1163.

²⁵ E. BALLETTI, *Introduzione alla discussione sulla prescrizione dei crediti retributivi*, in *DML*, 2022, p. 636.

zionale, vale a dire una retribuzione la cui misura ben può essere determinata, come per lo più fa la giurisprudenza, con riferimento ai soli minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi.

Va però osservato, in senso contrario, che – al di là della difficoltà di estrarre, con riferimento alle previsioni della contrattazione collettiva, una nozione univoca di retribuzione “giusta” secondo Costituzione, atteso il persistere di questioni controverse circa gli elementi da includere in essa – la sentenza del 1966 investì, dichiarandole incostituzionali, tre norme del codice civile riferibili alla retribuzione *tout court*, senza distinguere tra componenti e voci retributive costituzionalmente necessitate o no.

Ma, soprattutto, non sembra che l’opera discretiva usualmente svolta dalla giurisprudenza, al fine di perimetrare il contenuto della retribuzione minima capace di adeguarsi al precetto costituzionale di proporzionalità e sufficienza, possa venire utilmente in rilievo anche allo scopo, diverso, di individuare il momento iniziale di decorrenza della prescrizione dei crediti.

Altro infatti è utilizzare l’art. 36 Cost. quale norma imperativa, immediatamente precettiva, la cui violazione determina nullità del patto retributivo individuale non conforme; ed altro invece sarebbe ritenere che, una volta sorto il credito di lavoro per effetto di un valido accordo negoziale, l’obbligazione retributiva – la cui fonte va rinvenuta, per intero, nel contratto – possa poi soggiacere a frantumazioni del suo contenuto ai fini della prescrizione.

5. La questione dei crediti già esigibili prima della riforma del 2012

Sempre sul piano delle conseguenze innescate dalla recente giurisprudenza di legittimità, occorre poi affrontare la questione del regime cui assoggettare i crediti retributivi che potevano già essere fatti valere prima dell’entrata in vigore del testo novellato, nel 2012, dell’art. 18 St. lav.

Poiché il *metus* del lavoratore era, sino ad allora, da ritenere neutralizzato dalla generalizzata applicabilità della reintegrazione (per i rapporti di lavoro a cui l’art. 18 risultava applicabile, ovviamente), la prescrizione poteva certamente decorrere in costanza di rapporto.

Posto che nulla chiaramente muta per i crediti già irreversibilmente estinti per prescrizione alla data del 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore del nuovo testo), il problema si pone per quei diritti di credito – per semplificare, relativi a periodi di paga successivi al giugno 2007, ovvero anteriori nel caso di compimento di atti interruttivi – che a quella stessa data

ancora non potevano dirsi prescritti, ma in relazione ai quali il termine prescrizionale era già parzialmente decorso.

In relazione a tali crediti, la Cassazione non ha chiarito se il lasso temporale già trascorso in costanza di rapporto nel vigore del “vecchio” art. 18, nell’inerzia del lavoratore, vada computato ai fini della prescrizione, sommandosi a quello successivo alla cessazione del rapporto.

La soluzione affermativa appare invero la più coerente con la *ratio* della posticipazione di cui qui si discute, potendosi considerare semplicemente sospeso il decorso della prescrizione nel periodo compreso tra l’entrata in vigore della novella del 2012 e la cessazione del rapporto di lavoro.

5. *Gli spazi per un eventuale intervento della Corte costituzionale*

Nell’inerzia del legislatore, l’assetto normativo che va consolidandosi secondo le pronunce della giurisprudenza di legittimità è suscettibile, anche solo astrattamente, di essere riportato all’esame della Corte costituzionale?

A prima vista si potrebbe ritenere che a ciò ostino le ragioni espresse dalle già citate sentenze²⁶ rese dalla stessa Corte nel 1979 – a firma di una penna fine quale quella di Virgilio Andrioli – che dichiararono inammissibile la questione di costituzionalità delle norme già dichiarate incostituzionali nel 1966, sul presupposto, del tutto esatto, che la Corte non è competente a rendere interpretazioni autentiche delle proprie sentenze, come in quel caso le si chiedeva sostanzialmente di fare.

La più moderna ed accreditata teoria costituzionalista ci avverte però che l’oggetto del giudizio di costituzionalità è costituito, in termini più ampi, da una «situazione normativa»²⁷, alla determinazione del cui contenuto concorre l’insieme dei dati normativi offerti dall’ordinamento ed il modo in cui essa viene correntemente applicata.

²⁶ Si rinvia alla nota 12.

²⁷ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 107, i quali precisano che detta formula «vuol ricomprendere il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la “questione” ed a confluire nel giudizio di costituzionalità. Ogni norma, insomma (...), costituisce sempre l’esito finale di un “processo” i cui sviluppi ed il cui complessivo orientamento sono determinati, oltre che da elementi risultanti dalla disposizione specificamente portata al giudizio della Corte, anche dalla considerazione dei dati positivi circostanti».

Ciò implica che il giudizio di costituzionalità si espliciti, dunque, nei confronti della regola di diritto che deriva dall'insieme di elementi che riferiscono la norma ad un determinato contesto; il che – se specificamente proiettato sul caso nostro, in cui all'evidenza i dati normativi di contesto sono per l'appunto mutati – potrebbe consentire di ritenere che le norme codicistiche già scrutinate e dichiarate incostituzionali nel 1966 (ma non espunte *in toto* dall'ordinamento, giacché quella sentenza presentava carattere manipolativo) possano essere nuovamente vagliate sotto un diverso profilo, ossia quello dell'irragionevolezza del trattamento uniforme riservato (alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento in tema di licenziamento, oltre che del più recente diritto vivente) a situazioni diverse quali quelle assoggettate, rispettivamente, all'art. 18 St. lav., al d.lgs. n. 23/2015, all'art. 8 l. n. 604/1966. Come pure, sotto il medesimo profilo, non potrebbe escludersi in radice la sindacabilità innanzi alla Corte dell'art. 2935 c.c., nella parte in cui detta una regola di decorrenza della prescrizione uniforme per tutti i crediti, senza distinzioni.

Ma, anche qualora si ritenesse che un ipotetico intervento della Corte costituzionale sia inibito, rimarrebbe pur sempre sul terreno il problema – non compiutamente risolto dall'ordinamento e per il quale, proprio per tale motivo, appare auspicabile un intervento legislativo, come detto – di quale nozione di “stabilità”, come pure di *metus*, debba accogliersi ai nostri fini²⁸.

Invero, il *metus* che viene in rilievo ai fini del discorso intorno alla decorrenza della prescrizione non coincide con il generico timore o la generica soggezione – rilevabile, su un piano descrittivo, in termini di ponderazione del rapporto costi/benefici che chiunque, anche fuori dall'ambito del lavoro subordinato, compie prima di avviare una lite in un rapporto obbligatorio – ma è, invece, quel *metus* di intensità tale da giustificare il sacrifi-

²⁸ Come noto, la giurisprudenza ha valorizzato nel corso del tempo anche situazioni di c.d. instabilità putativa (su cui cfr. F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., nonché V. NUZZO, *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, in *RIDL*, 2016, II, p. 112 ss.), quali ad es. il caso di pretesi contratti di lavoro autonomo meritevoli di essere riqualificati, una volta sottoposti al banco di prova giudiziale, come contratti di lavoro subordinato (Cass. 12 dicembre 2017, n. 29774) ovvero quello di rapporti alle dipendenze di imprese dalla consistenza dimensionale incerta, a cavaliere della faticosa soglia dei quindici dipendenti (Cass. 24 luglio 2022, n. 10861; Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, in *RIDL*, 1996, II, p. 429, con nota di C. ZOLI, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*).

cio e la soccombenza delle esigenze di certezza giuridica al cui soddisfacimento tende l'istituto della prescrizione.

Certo, anche a non voler aderire alla prospettazione secondo la quale la sussistenza o meno di un *metus* tale da impedire la decorrenza della prescrizione andrebbe saggiato alla luce dell'insieme delle tutele dispensate dal diritto del lavoro, e non solo di quelle previste *ex lege* in materia di licenziamento²⁹, resta pur sempre revocabile in dubbio che un'effettiva libertà in capo al lavoratore nell'esercitare i propri diritti sia ravvisabile solo e soltanto in presenza di una disciplina ricalcata sul modello del vecchio testo dell'art. 18 St. lav.

Diversamente, i giuslavoristi rischierebbero di dover pervenire ad una conclusione piuttosto amara e che merita di essere contrastata: la conclusione, cioè, che il diritto del lavoro, nel perseguire i suoi fini di emancipazione sociale, sia fino ad oggi servito a poco.

²⁹M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, p. 1 ss.

LA CASSAZIONE E LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI. CRITICITÀ E PROSPETTIVE

Valerio Maio *

1. Premessa

L'agenda che ci è stata dettata dal coordinamento dei lavori non consente dispersioni, né ammette divagazioni.

Ad una valutazione della giurisprudenza che ci interessa esaminare, devono seguire: l'analisi delle ricadute, l'individuazione per quanto possibile dell'area di applicazione, infine le prospettive *de jure condendo*.

Mi attengo dunque alle consegne, con la sola precisazione che sono già due le sentenze con le quali la Corte di Cassazione «ritiene» di avere affrontato e risolto, «*in continuità sostanziale con l'insegnamento di oltre un cinquantennio di elaborazione giurisprudenziale (il c.d. diritto vivente)*», la «questione» della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nelle «*imprese aventi i requisiti dimensionali stabiliti dall'art. 18 l. 300/1970*», «*a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1 comma 42 della legge 92/2012 e dagli artt. 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015*»¹.

Il «*principio di diritto*», molto atteso anche a ragione della portata no-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma “Unitelma Sapienza”.

¹ Dopo Cass. 6 settembre 2022, n. 26246, in *Labor*, online 12 settembre 2022, con nota di V.A. POSO, è stata pubblicata anche Cass. 20 ottobre 2022, n. 30957, decisa dal medesimo collegio con motivazione sovrapponibile e sempre all'udienza del 6 luglio 2022. Tra i primi commenti cfr. A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in *MGL*, 2022, p. 639 ss., F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *LG*, 2022, n. 12, p. 1160 ss. e E. FIATA, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori decorre dalla cessazione del rapporto*, in *GI*, 2023, n. 1, p. 141 ss.

mofilattica², comune ad entrambe le pronunce è in sintesi il seguente: venuto meno a seguito delle menzionate riforme della disciplina sanzionatoria dei licenziamenti quel «*regime di stabilità*» che si ha soltanto se vi è «*predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una ... tutela adeguata*», il «*termine di prescrizione decorre a norma del combinato disposto degli artt. 2848, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro*».

Dico subito che una soluzione in questi termini era tutt'altro che scontata³.

Lo testimonia del resto anche l'invocazione nelle motivazioni, incidentale ma voluta, al «*c.d. diritto vivente*», che, deprivata di una qualche funzione rassicurante (e forse più per l'estensore, che per il lettore), suonerebbe senz'altro pleonastica.

Allo stesso tempo, va riconosciuto che quella così indicata era la soluzione più attesa.

Sia perché ampiamente maggioritaria tra i giudici⁴.

²Per una prima applicazione v. Trib. Napoli 19 ottobre 2022, n. 5086, in *Cassazione.net*.

³Per la ricostruzione del dibattito, lo stato dell'arte giurisprudenziale e l'inquadramento sistematico e valoriale alla vigilia delle due sentenze di legittimità citate alla nota n. 1 che precede, rinviamo a O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico* e R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, entrambi in *Labor*, 2022, risp. pp. 141 ss. e 153 ss. nonché a A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell'intervento nomofilattico della Cassazione)*, in *ADL*, 2022, p. 211 ss.

⁴Cfr. Trib. Milano 8 settembre 2022, n. 1990, in *Boll. Adapt*; Trib. Bari 9 dicembre 2021, n. 3599, in *DeJure*; Trib. Milano 31 marzo 2021, n. 1631, in *DeJure*; App. Milano 25 ottobre 2021, n. 1352, in *DeJure*; App. Milano 30 aprile 2019, n. 376, in *Wikilabour*; Trib. Roma 24 gennaio 2019, n. 733, in *Wikilabour*; Trib. Alessandria 9 gennaio 2019, n. 4, in *Boll. Adapt*; Trib. Firenze 16 gennaio 2018, n. 25, in *Wikilabour*; Trib. Milano 6 novembre 2017, n. 2861 in *DeJure*; Trib. Bergamo 14 luglio 2017, n. 585, in *Wikilabour*; Trib. Milano 29 giugno 2017, in *Boll. Adapt*; Trib. Torino 25 giugno 2016, n. 1021, in *Boll. Adapt*; Trib. Milano 12 aprile 2017 (est Locati), Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2625, Trib. Torino 25 maggio 2016, Trib. Padova 4 maggio 2016, queste ultime tutte a quanto consta inedite; Trib. Milano 16 dicembre 2015, n. 3460, in *ADL*, 2016, p. 571. Nella medesima direzione si sono subito espressi anche magistrati studiosi della materia come P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 339-341 e A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, p. 660. In senso opposto, invece, v.: Trib. Torino 8 gennaio 2020, in *NNG*, 2020, p. 2020, n. 1, p. 121; Trib. Napoli 12 novembre 2019, n. 7343, in *RIDL*, 2020, II, p. 269; App. Milano 19 febbraio 2019, n. 35; App. Brescia 18 dicembre 2018, n. 442, in *De Jure*; Trib. Roma 21 maggio 2018, n. 4125, in *DeJure*; Trib. Milano 18 ottobre 2017, n. 2713; Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2576, in *DRI*, 2017, p. 851; Trib. Milano 7 agosto 2016, n. 2576, in *Boll. Adapt*.

Sia perché diffusamente pronosticata da entrambi i versanti della dottrina.

Dottrina che si era spaccata tra coloro che immaginavano possibile sovvertire⁵, e coloro che invece ritenevano inevitabile reiterare⁶, la soluzione data al problema tra il 1966 ed il 1972 dalla nota giurisprudenza della Consulta⁷, poi suggellata dalle Sezioni Unite nel 1976⁸.

E, per quel che vale, anche chi scrive, in più occasioni⁹, ha avuto modo di esprimere la propria opinione, nel senso che, dopo l'entrata in vigore della riforma del 2012, ed a maggior ragione per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, la prescrizione non potesse più decorrere in costanza di rapporto di lavoro, se solo si fosse continuato a prendere a riferimento il concetto – nel senso di sintesi logica e terminologica dei «*limiti al potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme*»¹⁰ – di stabi-

⁵ M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, p. 3 ss., F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la l. n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, pp. 897-898. Teoricamente non andrebbe peraltro neppure esclusa la possibilità di considerare incompatibile con la decorrenza della prescrizione soltanto uno dei due diversi regimi sanzionatori dei licenziamenti, stabilendo fra le due riforme, quella del 2012 e quella del 2015, una sorta di gradazione quanto a stabilità o instabilità conseguente. Anche se questa soluzione darebbe adito ad una divaricazione delle decorrenze dei diritti all'interno della medesima azienda (e dunque stante il medesimo dimensionamento dell'organico) a seconda della data di assunzione, probabilmente legittima (cfr. Corte cost. n. 194/2018), ma comunque tanto complicata da gestire per i datori di lavoro quanto difficile da accettare per i lavoratori.

⁶ Tra i molti, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 61, C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 78 ss.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2012, p. 159; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, 2013, p. 884 ss.; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 386 ss.

⁷ Cfr. Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143, Corte cost. 29 aprile 1971, n. 86 e Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174.

⁸ Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268.

⁹ V., se vuoi, V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, 2014, 2, p. 490 ss., ID., *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, 3, I, p. 554 ss., ID., *Ancora su stabilità e metas dopo le recenti riforme dei licenziamenti e una prima sentenza*, in *ADL*, 2016, 3, p. 559 ss.

¹⁰ Sul concetto di stabilità resta fondamentale M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del*

lità utile elaborato a tal fine nel decennio 1966-1976, e poi consolidatosi di fatto nella giurisprudenza successiva.

Di qui la forte tentazione di ritenere la questione definitivamente archiviata e passare oltre¹¹.

Nondimeno, se l'importanza delle due pronunce è tale da meritare un supplemento di riflessione e di dibattito, questo inevitabilmente implica per l'interprete la necessità di meditare anzitutto su quali fossero le alternative praticabili, tenendo in considerazione entrambi i versanti su cui si esercita il controllo dottrinale, quello del merito e quello del metodo, invero qui strettamente interconnessi e piuttosto difficili da districare.

Non solo dobbiamo infatti domandarci se è, o no, corretta la soluzione che è stata data, ma anche se quella medesima soluzione doveva essere resa dalle sezioni semplici della Corte di Cassazione, invece che dalla Corte costituzionale.

2. Il sillogismo bloccato

Le motivazioni coincidenti delle due sentenze, una volta scarnificate dal sostrato argomentativo in alcuni punti ridondante, mostrano scopertamente che la decisione si regge sul più classico dei sillogismi.

Onde, come sempre in questi casi, l'esito finale dipende da come l'interprete ha impostato il sillogismo.

Ebbene, nelle due sentenze in esame la premessa maggiore è stata dichiaratamente tratta dalla conclusione formulata dalla Corte costituzionale nel 1972, per cui la prescrizione dei crediti può decorrere solo se il sistema avverso i licenziamenti illegittimi garantisce «*la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*»¹².

A questa premessa maggiore segue poi la premessa minore, e cioè che tanto la l. n. 92/2012, quanto il d.lgs. n. 23/2015, sia pure con forme ed intensità diverse, hanno marginalizzato per i lavoratori le possibilità di ottenere la reintegrazione.

lavoratore alla conservazione del posto, in L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 680 ss. Il virgolettato riporta il passaggio di Cass. 6 settembre 2022, n. 26246 dove la sentenza rinvia a Corte cost. n. 268/1994, e poi, nel gioco dei rimandi, a Corte cost. n. 194/2018.

¹¹ A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, cit., p. 639 ss.

¹² Così Corte cost. n. 174/1972.

La Cassazione formula questa seconda premessa all'esito di un ragionamento rigoroso e condivisibile.

Viene dato atto che la tutela indennitaria resta una valida alternativa a quella c.d. reale, e come tale una soluzione rimediale certamente praticabile per il nostro legislatore¹³; e si riconosce che le più recenti sentenze della Corte costituzionale, a partire dalla fondamentale n. 194/2018¹⁴, unitamente al nuovo corso della giurisprudenza¹⁵, hanno effettivamente ricentralizzato la tutela reintegratoria nel sistema vigente, riguadagnando in più occasioni al più satisfattivo dei rimedi una parte sostanziale del (ma non ancora tutto il) terreno perso dopo il 2012.

Senonché, risalta evidente che, a dispetto di queste opportune digressioni, una volta impostato il sillogismo sulla scorta delle premesse maggiore e minore menzionate, la conclusione non poteva essere altra rispetto a quella che è stata poi tratta.

Dunque, l'aspetto criticabile della giurisprudenza in esame mi sembra risieda proprio nell'aver dato per scontata la immutata configurazione del concetto-principio di stabilità, al punto da dettare poi per quel concetto, ad es. al punto n. 6 delle motivazioni, un vero e proprio statuto giuridico, nella sostanza incentrato sul requisito della pre-determinabilità *ex ante* e ritagliato sullo *specimen* del rimedio ripristinatorio per eccellenza.

Mentre dal punto di vista metodologico il tema ed il problema, comunque la si pensi rispetto all'esito finale che la valutazione giudiziale ha poi prodotto, era in primo luogo proprio comprendere se la premessa maggiore del sillogismo dovesse essere ancora formulata nei medesimi termini con i quali venne enunciata nel 1972.

E dunque occorre *in primis* andare a verificare se ancora oggi, a distanza di cinquanta anni, stante il vigente sistema giuridico di protezione del lavoro, e considerato l'attuale mercato del lavoro e contesto sociale, fosse o no possibile continuare a riscontrare quei medesimi «ostacoli materiali» che vennero al tempo ritenuti capaci di generare nel lavoratore il *metus*, ossia la paura di subire ritorsioni al punto da non rivendicare un pro-

¹³ Il dato è ormai acquisito a partire da Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41, su cui V. MAIO, *Ammissibilità del referendum in tema di reintegrazione nel posto di lavoro*, in GC, 2003, p. 276.

¹⁴ Cfr. Corte cost. n. 194/2018, n. 150/2020, n. 59/2021, n. 125/2022.

¹⁵ Cfr. fra le molte, quanto al giustificato motivo oggettivo Cass. 18 novembre 2022, n. 34051, ed in ambito disciplinare Cass. 2 maggio 2022, n. 13774, su cui v. P. FERRARI, *Licenziamento disciplinare, reintegrazione e tipizzazione collettiva anche in presenza di "clausole generali"*, in ADL, 2022, 5, p. 16 ss.

prio diritto di credito retributivo. Ovvero se non sussistano oggi ostacoli diversi, egualmente dissuasivi.

Ma proprio questa che era la valutazione qualitativamente determinate non trova posto nelle due sentenze, rispetto alle quali è possibile soltanto ritenere che una risposta affermativa sia rimasta sottintesa al ragionamento esplicitato.

Il problema è però che questa carenza inficia il meccanismo argomentativo al punto da incepparlo.

Perché, se la premessa minore continua a specchiarsi in una premessa maggiore inevitabilmente destinata a riflettere le connotazioni morfologiche dell'art. 18 della l. n. 300/1970 nella versione *ante* 2012, senza dubbio anche la risposta circa la decorrenza della prescrizione non potrà cambiare.

Almeno fin tanto che il legislatore, nel suo moto perpetuo riformatore, non riprodurrà incidentalmente un sistema rimediale nella sostanza tale e quale era quello ritenuto idoneo nel 1972, e cioè capace di garantire la «*completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente*».

Ma questo significa che, finché la «*questione*» verrà cristallizzata nei termini suddetti, anche la soluzione della non decorrenza della sospensione rischierà, nei fatti, di venire “eternata”.

Soluzione che, però, è, a sua volta, una «*inventio*» giudiziaria¹⁶, come tale inevitabilmente figlia dei tempi che la partorirono.

Per cui, l'intera vicenda tradisce oggi anche una paradossale torsione del concetto di «*diritto vivente*», che proprio in quanto si dimostra incapace di rimettersi in discussione, finisce inevitabilmente con l'avvitarsi nel cortocircuito dell'autoreferenzialità¹⁷.

3. Critica dell'omesso rinvio alla Corte costituzionale

La «*questione*» che dunque andava affrontata e risolta non era semplicemente riducibile al quesito se le riforme dei licenziamenti intervenute nel 2012 e nel 2015 garantissero quella «*particolare forma di resistenza*» idonea ad accreditare la necessaria stabilità, che, a partire dal 1972, è stata di fatto

¹⁶ E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in RIDL, 2008, p. 15.

¹⁷ Cfr. la nota scomunica di F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, p. 54 ss.

identificata con il rimedio ripristinatorio per eccellenza¹⁸.

La «*questione*» doveva piuttosto investire a più ampio spettro l'interrogativo se le due ultime riforme dei licenziamenti, nell'attuale contesto normativo e sociale, e avuto riguardo agli attuali «*ostacoli materiali*» riscontrabili nel mercato del lavoro, garantissero, o no, uno standard di tutela, anche diverso da quello previgente, ma comunque idoneo a non dissuadere il lavoratore di oggi dal rivendicare eventuali differenze retributive¹⁹.

Certo è comprensibile che un siffatto quesito potesse apparire complicatissimo da affrontare e risolvere, al punto da scoraggiare la Corte di legittimità.

Se non altro perché complessa era la trama delle considerazioni da tessere. Considerazioni che investivano ed investono certamente i profili tecnico-giuridici che la Cassazione con perizia ha affrontato, ma che necessariamente richiedevano poi di innestare nel ragionamento sull'evoluzione della normativa di tutela avverso i licenziamenti illegittimi anche valutazioni di politica del diritto, inerenti l'attuale configurazione dei rapporti di potere che scaturiscono in azienda dal contratto di lavoro subordinato e, più in generale, gli assetti delle dinamiche sociali e del mercato del lavoro, che, nella diffusa comune percezione di chi lavora, sono parimenti incidenti sulla scelta di rinunciare ad eventuali rivendicazioni di diritti retributivi.

In questo senso la carenza nella motivazione che abbiamo anzi rilevato si può allora spiegare e persino giustificare proprio con l'impossibilità di spingersi oltre, arrivando cioè ad ipotizzare di potere aggiornare la valutazione di politica del diritto che venne a suo tempo resa dalla Corte costituzionale. Perché questo avrebbe significato arrogarsi il compito di sostituire con un proprio giudizio di valore la premessa maggiore del sillogismo anzi descritto.

Ma se così è, per cercare di sfuggire alla coazione a ripetere, senza però sconfinare in valutazioni che esulano dal mero controllo di legittimità, non rimaneva alla Corte di cassazione che rimettere la decisione alla Corte costituzionale²⁰, che non a caso è l'unico organo nel nostro ordinamento per

¹⁸ Cfr. O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, cit., p. 145.

¹⁹ V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, cit., p. 549 ss.

²⁰ E. FIATA, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori decorre dalla cessazione del rapporto*, cit., par. 4 rileva come la questione fosse stata correttamente prospettata dalle lavoratrici ricorrenti.

così dire “anfibia”, in grado cioè di muoversi sulla linea di confine tra dimensione giudiziaria e politico-legislativa²¹.

Il rinvio alla Corte costituzionale sarebbe stato, peraltro, da ritenere ammissibile, stante il profondo mutamento prodotto dalle due normative sanzionatorie avverso i licenziamenti illegittimi, talmente radicale, a mio sommo avviso, da scongiurare il rischio di incorrere in *ne bis in idem* e da evitare qualsivoglia tentazione di dare una interpretazione autentica dei propri pregressi pronunciamenti²².

A sua volta, la Corte costituzionale avrebbe poi potuto anche ribadire, aggiornandole, le ragioni della propria risalente «*inventio*», ma sulla scorta di una valutazione rinnovata, capace di tenere conto delle modifiche normative e di contesto intervenute.

Quel che invece appare poco comprensibile è la scelta di continuare dopo cinquanta anni a confrontarsi con il giudizio di valore reso dal giudice delle leggi in riferimento a tutt'altri sistemi rimediali ed a tutt'altro mercato del lavoro e contesto sociale. Anche se poi quel giudizio è stato costantemente applicato dai giudici di merito e di legittimità.

4. *Metus del datore di lavoro vs. metus del lavoratore*

Ma quale poteva essere l'esito di una siffatta rivalutazione?

Ammesso che la stabilità utile a scongiurare il *metus* non deve necessariamente coincidere con quella indicata nel 1972; ed accolto l'assunto che l'attuale sistema rimediale avverso i licenziamenti, non solo non è, ma neppure appare nella comune percezione del lavoratore in grado di garantire la «*completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente*»; si doveva egualmente ritenere che nell'attuale contesto giuridico, economico e sociale il lavoratore dipendente di una impresa sopra i quindici dipendenti potrebbe essere indotto a rinunciare alla rivendicazione di un diritto di credito retributivo a ragione del timore di subire un licenziamento ritorsivo?

²¹Tra i molti A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *FI*, 1980, V, c. 117 ss.

²²Quanto al *ne bis in idem* cfr. Corte cost. 12 giugno 1979, n. 43. *Amplius* sui limiti all'interventismo anche manipolatorio della Corte costituzionale nel rispetto dei propri precedenti pronunciamenti, O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, cit., p. 147.

A mio avviso la risposta a questo interrogativo resta comunque affermativa, perché, al di là della «forte discontinuità»²³ tra vecchio e nuovo regime sanzionatorio della illegittimità dei licenziamenti e dell'evidente incertezza che un sistema multi-rimediabile fisiologicamente ingenera nei lavoratori, non convincono i principali argomenti addotti a sostegno della progressiva eclissi del *metus*.

Primo fra tutti quello che fa leva sulla generalizzata applicazione della reintegrazione in caso di licenziamento ritorsivo, che, come rileva anche la Cassazione, non può avere una portata realmente decisiva²⁴.

Per questo tipo di licenziamenti, infatti, in disparte le difficoltà probatorie e l'aleatorietà dell'accertamento dell'unicità determinate del motivo ritorsivo, la tutela pienamente ripristinatoria comunque non è innovativa, discendendo già in passato anche solo dall'applicazione della nullità di diritto comune.

Dunque, per i licenziamenti ritorsivi non si registra neppure quell'ampliamento della tutela che, nella prospettiva dell'eclissi del *metus*, avrebbe dovuto compensare nella percezione dei lavoratori il *decalage* di intensità rimediabile sul versante dei licenziamenti solamente ingiustificati.

Più persuasiva l'argomentazione che muove dal riconoscimento da parte della stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018 dell'adeguatezza dell'attuale sistema rimediabile in termini di capacità dissuasiva e ristoratrice.

La domanda non è oziosa²⁵: se la tutela è ora adeguata e perfino dissuasiva come si fa a ritenere la decorrenza della prescrizione ancora impedita dal *metus*?

Anche questo ragionamento non convince però fino in fondo.

Che la sanzione avverso i licenziamenti illegittimi garantita dal d.lgs. n. 23/2015, dopo il decreto c.d. dignità e dopo l'intervento correttivo della Corte costituzionale²⁶, sia oggi adeguata e dissuasiva non significa automa-

²³ Come rileva R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, cit., p. 155.

²⁴ Diversamente, R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, cit., p. 156 valorizza lo speciale regime probatorio che consente la possibilità di ottenere la reintegrazione anche nelle ipotesi in cui il lavoratore non dimostri la ritorsività, ma neppure il datore di lavoro dimostri il fatto addotto a sostegno del licenziamento.

²⁵ Cfr. A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell'intervento nomofilattico della Cassazione)*, cit., p. 222.

²⁶ Cfr. l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 come modificato dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 87/2018, conv. con modif. dalla l. n. 96/2018, e Corte cost. n. 194/2018, su cui v., se vuoi,

ticamente che quella tutela debba, ormai, ritenersi anche in grado di realizzare una forma di stabilità idonea ad impedire il *metus* del lavoratore di essere licenziato in conseguenza di una rivendicazione.

Perché non va confusa la dissuasività per il datore di lavoro, ovvero la capacità del sistema rimediale di alimentare il *metus* datoriale rispetto all'intimazione di un licenziamento "azzardato", con il *metus* invece del lavoratore, il quale evidentemente prenderà la propria decisione su tutt'altri presupposti e senza conoscere la valutazione del rischio economico che potrebbe poi venire operata dal datore di lavoro.

E comunque la dissuasività dell'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi nel d.lgs. n. 23/2015 è ora garantita da un numero di mensilità ampio, ma pur sempre soltanto su di un piano economico.

Mentre, come di recente è stato autorevolmente ricordato, la reintegrazione per la nostra giurisprudenza resta al fondo un rimedio «*non assimilabile al risarcimento in forma specifica*», perché «*non si tratta solo di riparare un danno economico*», ma è in gioco «*la lesione del diritto all'occupazione ... del lavoratore come persona*»²⁷.

E se alla reintegrazione la giurisprudenza continua a riconoscere tutt'oggi una eccedenza di *vis* protettiva, tale da non consentire l'equiparazione con una tutela economica pur dichiaratamente ristoratrice e dissuasiva, ciò non dipende da un qualche pregiudizio ideologico, ma dal fatto che questa percepibile e percepita differenza non è stata affatto compensata in questi cinquant'anni da una maggiore tutela del lavoratore nel mercato, o da tangibili progressi nella lotta alla disoccupazione, e neppure da una riconosciuta efficiente organizzazione del sistema di incontro tra domanda ed offerta di lavoro.

5. Le conseguenze applicative. L'inspiegabile *metus* retroattivo

Veniamo alle ricadute prodotte dall'orientamento in esame.

Una prima conseguenza segnalata da molti commentatori attiene all'aggravio documentale ed alle difficoltà probatorie cui andranno incontro le parti del rapporto di lavoro nel ricostruire vicende pluridecennali,

anche per riferimenti, V. MAIO, *Valori e tecniche nei licenziamenti (dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*, in *ADL*, 2020, 4, p. 789 ss.

²⁷E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, 1, p. 17 del dattiloscritto anticipato in *Boll. Adapt.*

a fronte di una prescrizione che si fatica a chiamare ancora “breve” e che, in molti casi, rischierà di iniziare a decorrere solo il giorno dopo il pensionamento.

Merita poi attenzione il passaggio nelle conclusioni con il quale la Corte di cassazione ha negato la sospensione dei termini di prescrizione correnti alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012, decretandone piuttosto l’azzeramento, visto che ne ha disposto la «*decorrenza originaria*» dalla «*cessazione del rapporto di lavoro*».

Davvero si stenta a comprendere una così eclatante re-immissione in termini in massa apparentemente senza giustificazione.

Non basta di certo a spiegare il senso di una simile operazione neppure il richiamo alla tassatività delle ipotesi codicistiche di sospensione (art. 2941 c.c.), perché lo speciale regime di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro non si rinviene affatto nell’originaria disciplina codicistica, ma soltanto nell’interpretazione che ne ha dato successivamente la Corte costituzionale e la giurisprudenza di legittimità.

Onde non ha senso motivare con l’assenza nel Codice civile di una specifica ipotesi di sospensione, quando si trattava in realtà di regolare con una sospensione atipica e straordinaria, non già l’efficacia legale della prescrizione, ma le conseguenze altrimenti abnormi di un eclatante caso di creazionismo giudiziario.

Tanto più che gli effetti della sanatoria così disposta sono palesemente irragionevoli, al punto da potersi ritenere persino illegittimi costituzionalmente e, dunque, bisognosi di correzione per il tramite dell’interpretazione adeguatrice.

Si arriva altrimenti all’aberrante conclusione di azzerare retroattivamente il decorso del tempo di prescrizione di un credito retributivo che era rivendicabile, ad esempio, nel 2008 o nel 2010 da parte di un lavoratore impiegato stabilmente in una impresa di grandi dimensioni, ancorché quel lavoratore fino al 2012, a dare credito all’«*insegnamento di oltre un cinquantennio di elaborazione giurisprudenziale*», non sia mai stato neppure sfiorato dal *metus*.

Quasi che il *metus* sopravveniente per effetto della riforma del 2012 possa in realtà propagarsi a ritroso nel tempo, non è chiaro per quali ragioni ed in base a quale principio.

6. Le conseguenze sistematiche. Per quali diritti la prescrizione non decorre

Sebbene gli operatori si confrontino ormai da mezzo secolo con la non decorrenza della prescrizione, mi sembra lo stesso da approfondire il capitolo delle ricadute sistematiche.

Non tanto direi con riferimento al pubblico impiego dove, a rigore, per effetto della introduzione di un tetto massimo all'indennità risarcitoria²⁸ neppure più si realizza necessariamente la «*completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente*»²⁹.

Perché per i dipendenti pubblici lo standard di tutela resta comunque sufficientemente elevato e, soprattutto, come tale viene percepito.

Ma, se mai, con riguardo alla più vasta questione della possibile estensione degli effetti impeditivi del *metus* da licenziamento al di là dei soli diritti di credito retributivo.

Non v'è dubbio infatti che l'intero discorso sulla decorrenza della prescrizione abbia avuto origine e si sia svolto all'interno del cono d'ombra della «*speciale garanzia che deriva dall'art. 36 della Costituzione*»³⁰. Ma pur sempre assumendo che il diritto alla retribuzione fosse in realtà relativamente disponibile, visto che altrimenti si sarebbe dovuto applicare l'art. 2934 c.c.

Onde sembra parimenti plausibile che il ragionamento sul *metus* possa, prima o poi, esondare anche in altri ambiti, contraddistinti dal medesimo regime di relativa indisponibilità.

E così come si assume il lavoratore, fin tanto che è soggetto ad un potere di licenziamento non efficacemente sanzionabile³¹, incapace di rivendicare in giudizio le differenze retributive conseguenti allo svolgimento di mansioni superiori, si potrebbe anche arrivare ad immaginare che pure il

²⁸ Cfr. art. 63, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

²⁹ Lo spunto suggestivo è in F. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, cit.

³⁰ A partire dalla fondamentale sentenza della Corte cost. n. 63/1966 da cui è tratto il virgolettato.

³¹ A rigore non può dubitarsi che il *metus* si possa configurare anche rispetto al possibile esercizio di poteri diversi da quello disciplinare e di licenziamento. Si pensi anzitutto al potere di trasferire o variare le mansioni di un lavoratore. Ma anche alla c.d. flessibilità organizzativa, quando ad esempio compete al datore di lavoro l'accoglimento discrezionale di istanze di *smart working* od il rinnovo del *part time*. Sul punto v. V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, cit., p. 564.

termine per rivendicare il diritto al superiore inquadramento non debba, per le medesime ragioni, decorrere fino alla cessazione del rapporto di lavoro.

Allo stesso tempo, si ripropone anche il problema della perimetrazione nell'ambito degli stessi diritti di retribuzione dell'area di prescrittibilità postergata.

Per dare una risposta mi sembra utile riprendere il filo del ragionamento svolto in origine dalla Corte costituzionale, laddove esplicitò il nesso con l'invalidità di eventuali rinunzie precedenti la cessazione del rapporto di lavoro, disposta dal legislatore codicistico nell'art. 2113 c.c. proprio per «*proteggere il contraente più debole contro la sua propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto*»³².

Perché se l'obiettivo resta tutt'oggi evitare che la prescrizione operi durante il rapporto di lavoro come forma occulta di rinuncia altrimenti vietata, necessariamente anche i limiti della efficacia impeditiva della prescrizione dovranno attestarsi lungo il confine della irrinunciabilità dei diritti di retribuzione.

Non avrebbe senso, infatti, ad esempio, non far decorrere la prescrizione di un diritto come il c.d. superminimo retributivo, che è sempre stato, anche nelle imprese minori, liberamente rinunziabile dal lavoratore durante il rapporto di lavoro.

Più in generale, riviste ed aggiornate le categorie utilizzate dalla Consulta nel 1966 accedendo alla moderna concezione della *nullità di protezione*³³, si potrebbe persino tentare di rimettere ordine nel sistema, riconoscendo in capo al lavoratore una speciale posizione soggettiva di irrinunciabilità derivante dall'art. 2113 c.c.³⁴.

Del resto, non solo l'irrinunciabilità non coincide con l'assoluta indisponibilità, che è concetto certamente più ampio³⁵, ma la stessa inderogabilità può avere ad oggetto anche diritti relativamente indisponibili³⁶.

E dunque, mentre continuano a non essere soggetti a prescrizione i diritti assolutamente indisponibili (alla salute, di manifestazione del pensiero, di li-

³² Corte cost. n. 63/1966.

³³ Non è possibile qui svolgere il tema come meriterebbe, rinviamo dunque anche per i riferimenti a V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, Jovene, Napoli, 2008, spec. pp. 82 ss., 86 ss., e 90 ss.

³⁴ Cfr. V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, cit., pp. 120-122.

³⁵ Corte cost. n. 63/1966.

³⁶ Cfr. ancora V. MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, cit., 2008, p. 137.

bertà di opinione, alla sicurezza e dignità, ecc.), gli altri diritti patrimoniali del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dei contratti e accordi collettivi, pur restando secondo la veduta dominante astrattamente prescrivibili ed arbitrabili, potrebbero, senza contraddizione, essere considerati unilateralmente irrinunciabili durante il rapporto di lavoro.

Né per il tramite di atti direttamente abdicativi, come sancisce l'art. 2113 c.c.; né indirettamente avvalendosi surrettiziamente della prescrizione, come stabilito fin qui per i soli crediti retributivi da pagarsi periodicamente ad anno o in termine più breve dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Salvo preservare margini di dismissibilità nelle sedi c.d. tutelate *ex art.* 2113, ult. comma, c.c., perché lì opera un diverso regime di protezione.

7. *Porre fine alla supplenza giurisprudenziale*

Sono fin troppo evidenti i segnali della raggiunta insostenibilità di una supplenza giudiziale che perdura ormai da troppo tempo.

L'attesa e non più rinviabile riforma dei licenziamenti³⁷ potrebbe ora offrire l'occasione per una rimediazione anche della prescrizione, a partire dalla questione della decorrenza.

E forse varrebbe la pena rispolverare un'antica proposta di revisione della legislazione sul rapporto di lavoro, che recava tra gli estensori maestri come Giugni e Mengoni, i quali nel lontano 1985 suggerivano di rivedere pragmaticamente il tema, riducendo «*il termine di prescrizione dei diritti di retribuzione a un periodo molto breve (due anni)*» e disponendone la «*decorrenza per tutti i prestatori di lavoro dalla data di cessazione del rapporto*»³⁸.

Arduo non chiosare che se solo il legislatore avesse dato per tempo credito alla migliore dottrina, ne avrebbero beneficiato lavoratori e datori di lavoro, e con loro l'intero sistema giudiziario.

³⁷ Cfr. la sentenza monito Corte cost. n. 183/2022.

³⁸ Cfr. CNEL, *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, Assemblea 4 giugno 1985, n. 206/154, p. 743. La proposta in tema di prescrizione si applicava anche alle «*indennità di fine contratto*» e comprendeva la «*soppressione della prescrizione presuntiva*», della cui persistenza peraltro oggi si dubita.

LA PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI DEI LAVORATORI E LE RECENTI PRONUNCE DELLA CASSAZIONE

*Alessandro Bellavista**

1. Premessa

Gli ultimi anni sono stati caratterizzati da politiche del lavoro volte a ridimensionare le tutele del lavoratore in vari ambiti e anche di fronte ai licenziamenti illegittimi nella «*cittadella*», per lungo tempo inespugnabile, della «*stabilità reale*» di cui all'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 (da ora: St. lav.). L'idea guida è stata quella che un abbassamento delle tutele avrebbe favorito le scelte datoriali di incremento dell'occupazione. Com'è noto, questo obiettivo non s'è realizzato. Ciò perché, come dimostrano gli studi specialistici, la crescita occupazionale di un'impresa dipende da molteplici ragioni. E la maggiore o minore rigidità del diritto del lavoro e, in particolare, della disciplina dei licenziamenti sono solo uno dei tanti fattori che influenzano le decisioni imprenditoriali di assumere più manodopera.

Tuttavia, le riforme (del 2012 e del 2015) delle sanzioni nei confronti dei licenziamenti illegittimi hanno prodotto «*effetti sistemici*» sulla regola fondamentale della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Infatti, entrambe le riforme hanno risvegliato il dibattito circa l'individuazione del momento in cui inizia a decorrere la prescrizione dei suddetti crediti. Sulla questione s'è così aperta una ricca discussione dottrinale e giurisprudenziale. E finalmente la Cassazione è intervenuta sulla materia e ha offerto una chiara e condivisibile soluzione, di cui, in questa sede, si esporranno le linee essenziali per poi concludere con qualche osservazione di carattere più generale.

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Palermo.

2. La Cassazione e la stabilità del rapporto di lavoro

La Suprema corte con le pronunce nn. 26246/2022 e 30957/2022, l'una di poco successiva all'altra (e con motivazioni pressoché identiche), ha affermato il seguente principio di diritto: *«il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della l. n. 92/2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 cod. civ., dalla cessazione del rapporto di lavoro».*

Nell'argomentazione della Cassazione il «regime di stabilità» che consentirebbe il decorso della prescrizione in costanza di rapporto è quello assicurato dall'art. 18 St. lav. ante riforma Fornero. La conclusione del Supremo collegio accoglie l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza secondo cui, a seguito delle riforme del 2012 e del 2015 della disciplina della tutela sanzionatoria nei confronti dei licenziamenti illegittimi, sarebbero venuti meno i presupposti di «*stabilità del rapporto*» che consentirebbero, nelle imprese medio-grandi, il decorso della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto di lavoro.

Tale conclusione non giunge inaspettata, bensì, fin dal varo della riforma Fornero, v'erano state opinioni dottrinali che avevano segnalato che l'attenuazione della tutela reintegratoria così prodotta, avrebbe probabilmente comportato, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, il blocco della decorrenza della prescrizione in corso di svolgimento di rapporto di lavoro. In questa direzione si era poi mossa la dottrina e la giurisprudenza prevalente, specie a seguito della riforma del d.lgs. n. 23/2015. Tuttavia, questo orientamento maggioritario, ora accolto dalle due sentenze della Cassazione, poc'anzi menzionate, era contraddetto da alcune posizioni, seppure minoritarie, di segno contrario, della dottrina e della giurisprudenza di merito. Ma tant'è. A questo punto, ci si trova di fronte ad un chiaro indirizzo dei Giudici supremi che sicuramente avrà i suoi effetti sulle corti di primo e secondo grado.

Più precisamente, la Cassazione esclude che, nel quadro normativo attuale, permanga *«quel regime di stabilità»* che consente il decorso della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. Regime di stabilità (qui definita come *«adeguata»*) che è individuato in quello scolpito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, specie con la sua

pronuncia a Sezioni Unite n. 1268/1976. In particolare, come afferma la Consulta, con la sentenza n. 174/1972 (richiamata dalla Cassazione in queste ultime pronunce), il suddetto regime di stabilità è integrato «*qualora il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza quale derivi da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione*». Questo perché «*una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare*».

E, ovviamente, la Cassazione segnala l'abisso che separa, sul piano della tutela, siffatto regime di cosiddetta «*stabilità adeguata*» da quelli introdotti dalle riforme del 2012 e del 2015. Difatti, la Cassazione ripete alla lettera il *dictum* di Cass. n. 1268/1976 e afferma che «*appare evidente che la stabilità del rapporto di lavoro si fonda su una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*». E la Suprema corte oggi sottolinea che «*così ricostruito il quadro normativo significativamente modificato rispetto all'epoca in cui la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha individuato l'essenziale dato di stabilità del rapporto di lavoro nella tutela reintegratoria esclusiva dell'art. 18, l. n. 300/1970, non pare che esso assicuri, sulla base delle necessarie caratteristiche scrutinate, una altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro*».

È interessante rilevare come la Cassazione si sbarazzi agevolmente degli argomenti usati dalla tesi favorevole alla decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto. E, *in primis*, dell'argomento che fa leva sulla sopravvivenza della tutela reintegratoria in caso di licenziamento ritorsivo o discriminatorio. Infatti, questa tutela è usufruibile solo in queste specifiche ipotesi e non assume carattere generale. D'altra parte, va aggiunto che la stessa tutela è sempre stata rivendicabile, di fronte a queste fattispecie illecite di licenziamento, anche sotto il vigore della sola l. n. 604/1966; ma tutto ciò non ha impedito alla giurisprudenza di mantenere il principio della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto laddove la tutela reintegratoria non fosse di carattere generale per ogni caso di licenziamento illegittimo.

Peraltro, va fortemente sottolineato che il presupposto della stabilità del rapporto che, escludendo il timore del licenziamento, consente la decor-

renza immediata della prescrizione, prescinde dalla versione originaria dell'art. 18 St. lav., bensì (come lascia qui intendere la stessa Cassazione nelle decisioni in esame) deve consistere nella specifica *«forza di resistenza»* individuata, in dettaglio, dall'opera sinergica della Consulta e della consolidata giurisprudenza della Cassazione. Detto più precisamente, s'è già menzionata l'affermazione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1268/1976 (ripresa ora qui dalla Cassazione), sul solco delle pronunce della Corte costituzionale nn. 143/1969 e 174/1972, secondo cui *«deve ritenersi stabile ogni rapporto che, indipendentemente, dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanza e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»*. Ma ora va sottolineata la frase seguente delle Sezioni unite (anch'essa riportata dalle sentenze della Cassazione qui discusse) in base alla quale: *«il che, se per la generalità dei casi coincide oggi con l'ambito di operatività della l. 20 maggio 1970, n. 300 (dati gli effetti attribuiti dall'art. 18 all'ordine di riassunzione, ben più incisivi di quelli previsti dall'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604), può anche realizzarsi ogni qual volta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che diano al prestatore d'opera una tutela di pari intensità»*.

3. Il mito della certezza del diritto

È ancora più interessante sottolineare che la Cassazione, per giustificare la sua posizione, si avvale di un argomento sovente utilizzato di sostenitori dell'idea che, anche a seguito delle riforme del 2012 e del 2015, la prescrizione possa decorrere in costanza di rapporto. Si tratta dell'argomento della certezza del diritto. E difatti la Cassazione osserva che la prescrizione *«invera il principio della certezza del diritto»*; ed aggiunge che *«il criterio di individuazione del dies a quo di decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore deve soddisfare un'esigenza di conoscibilità chiara, predeterminata e di semplice identificazione»*. Per la Cassazione, siffatto criterio è identificato dal *«regime di stabilità o meno del rapporto lavorativo»*; e, in particolare, in *«quella stabilità adeguata»* consistente *«nella tutela reintegratoria esclusiva dell'art. 18 l. n. 300/1970»*, nella versione precedente le riforme del 2012 e del 2015. Di conseguenza, va ammesso che oggi non esiste *«una altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro»*. Difatti, proprio a segui-

to delle citate novelle, aggiunge la Cassazione, l'applicazione, in via residuale, della tutela reintegratoria avviene solo a seguito di un accertamento giudiziale delle circoscritte fattispecie astratte in cui essa dovrebbe operare. E quindi *«affidandone l'identificazione, o meno, al criterio del "caso per caso" ... fonte di massima incertezza e di destabilizzazione del sistema»*.

In altri termini, per la Cassazione *«deve essere ribadito che la prescrizione decorra, in corso di rapporto, esclusivamente quando la reintegrazione, non soltanto sia, ma appaia la sanzione "contro ogni illegittima risoluzione" nel corso dello svolgimento in fatto del rapporto stesso: così come accade per i lavoratori pubblici e come era nel vigore del testo dell'art. 18, anteriore alla l. n. 92/2012»*. Ciò perché *«a questa oggettiva precognizione si collega l'assenza di metus del lavoratore per la sorte del rapporto di lavoro ove egli intenda far valere un proprio credito, nel corso di esso: caratterizzato dal regime di stabilità comportato da quella resistenza che assiste, appunto, il rapporto d'impiego pubblico»*.

Sicché, conclude la Cassazione, *«deve essere escluso, per la mancanza dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e soprattutto di una loro tutela adeguata, che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015, sia assistito da un regime di stabilità»*.

Inoltre, così, la Suprema corte critica, implicitamente, le scelte tecniche dei legislatori delle riforme del 2012 e del 2015 volte a costruire *«fattispecie di risoluzione»* incerte e nebulose. Insomma, il risultato delle suddette riforme è l'esatto contrario di quanto auspicato dai loro sostenitori che le hanno esaltate (e il che ha riguardato soprattutto l'introduzione delle cosiddette tutele crescenti): e cioè, la realizzazione del mito della certezza del diritto.

Peraltro, la posizione giurisprudenziale prevalente sulla non decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione in costanza di rapporto di lavoro è coerente con le più recenti tendenze di alcuni settori del diritto civile, laddove si pone sempre più attenzione all'imputabilità soggettiva dell'inerzia al creditore e si assiste ad una valorizzazione del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*. E pertanto, ai fini della decorrenza della prescrizione assume rilievo una valutazione di rimproverabilità nei confronti del comportamento omissivo del titolare del diritto. E anzi l'area del diritto del lavoro è segnalata dai cultori del diritto civile come quella in cui è emersa, per la prima volta, la valorizzazione dell'imputabilità soggettiva dell'inerzia al creditore.

4. *La prescrizione dei cosiddetti diritti non retributivi e una possibile ipotesi sul fondamento del principio della non decorrenza della prescrizione di tutti i diritti del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro*

È noto che, secondo la giurisprudenza costituzionale e ordinaria, il principio della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro è circoscritto alla presunzione breve e presuntiva e quindi al diritto alla retribuzione: e cioè, ai crediti retributivi da pagarsi ad un anno o in termini più brevi. E quindi il suddetto principio non si estende alla decorrenza della prescrizione ordinaria di cui all'art. 2946 c.c. che concerne i cosiddetti diritti non retributivi del lavoratore. Le pronunce della Cassazione qui esaminate, infatti, ribadiscono tale principio proprio con riferimento ai cosiddetti diritti retributivi, anche se offrono spunti per valutazioni più ampie.

Anzitutto, su un piano più generale, va osservato che l'imprescrittibilità temporanea del diritto alla retribuzione dovrebbe trovare piena giustificazione nell'art. 3, comma 2, Cost. E, anzi, tale principio non avrebbe dovuto incontrare alcun limite a seconda del regime di stabilità del rapporto di lavoro. Cosa questa che, invece, si è realizzata a seguito degli interventi della Consulta successivi alla fondamentale pronuncia n. 63/1966. A ben vedere, infatti, com'è stato osservato da autorevole dottrina in tempi ormai risalenti, l'impedimento al decorso della prescrizione avrebbe dovuto essere esplicitamente ancorato allo stato di subordinazione del lavoratore, durante il rapporto, e non al timore del licenziamento. Quest'ultimo ancoraggio, com'è noto, ha fornito lo spunto per differenziare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione a seconda del regime di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi di volta in volta applicabile allo specifico rapporto di lavoro in questione.

Invece, sarebbe stato più coerente con l'art. 3, comma 2, Cost. accogliere l'idea dell'imprescrittibilità temporanea dei crediti retributivi per ogni tipologia di rapporto di lavoro, a prescindere appunto dal relativo regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi.

Di conseguenza, una volta fondata l'imprescrittibilità temporanea direttamente sull'art. 3, comma 2, Cost. (e non soltanto sull'art. 36 Cost., com'è, invece, accaduto), tale principio si sarebbe potuto estendere al di là dei soli crediti retributivi, toccando anche la prescrizione ordinaria dei diritti non retributivi del lavoratore di cui all'art. 2946 c.c. Tutto ciò proprio

in considerazione del fatto che, in costanza di rapporto, a causa del suo stato di subordinazione, il lavoratore non è in grado di esercitare pienamente i suoi diritti. E, pertanto, la sua inerzia, ai fini della decorrenza della prescrizione di ogni suo diritto, è del tutto giustificata dalla suddetta incapacità. Il che determina che la permanenza del rapporto operi come causa di impedimento della decorrenza di ogni tipo di prescrizione di tutti i diritti del lavoratore.

Insomma, bisognerebbe tornare allo spirito della fondamentale sentenza della Consulta n. 63/1966 da cui si poteva desumere che l'imprescrittibilità temporanea riguardava tutti i diritti del lavoratore e qualunque rapporto di lavoro. E va ricordato che tali suggestioni hanno trovato riscontro anche presso alcune decisioni della Cassazione (come la n. 3857/1975), laddove si sottolinea che *«nei contratti di lavoro ... ancorché disciplinati da particolare normativa che assicuri normalmente al rapporto una certa stabilità, più o meno intensa, il comportamento del lavoratore deve essere valutato alla stregua della sua naturale posizione di contraente più debole che, durante lo svolgimento del rapporto, può determinarlo a non esercitare i propri diritti o addirittura a rinunciare ad essi, stante il ragionevole timore di ritorsioni da parte del datore, che – pur senza giungere al licenziamento – possono assumere le forme più disparate»*.

5. Conclusioni

L'effetto delle pronunce della Cassazione è, comunque, di tipo egualitario. Infatti, secondo questo orientamento la prescrizione dei crediti retributivi, nell'ambito di tutto il settore del lavoro privato, non può decorrere in costanza di rapporto. Da un certo punto di vista, il sistema risulta semplificato rispetto al periodo precedente alle riforme del 2012 e del 2015 in cui andava accertato ogni volta il grado di stabilità del rapporto in questione.

Beninteso, non è escluso che il legislatore senta il bisogno di intervenire muovendosi sulla falsariga del modello di cui all'art. 2113 c.c.: e cioè, accorciando i termini di prescrizione che comunque dovrebbero decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro. Vale a dire da quando il lavoratore riconquista piena libertà di azione nei confronti del datore. Una rilevante ragione a favore di questa soluzione è sicuramente quella di evitare il protrarsi di incertezze sulla sorte dei diritti del prestatore di lavoro, a discapito dei contrapposti interessi del datore. È chiaro, viceversa, che ogni scelta

legislativa volta a ripristinare la decorrenza della prescrizione durante il rapporto di lavoro si esporrà al fondato rischio di incorrere negli strali della Corte costituzionale.

A questo riguardo, va ricordato il disegno di legge n. 1537, presentato al Senato della Repubblica il 17 ottobre 1985, il cui primo firmatario era Gino Giugni. Questo progetto, recependo una proposta del CNEL, all'art. 26, prevedeva che «*i diritti del prestatore di lavoro subordinato si estinguono per prescrizione in un anno dalla data di cessazione del rapporto*»; e, all'art. 28, sanciva l'abrogazione delle disposizioni codicistiche in materia di prescrizione breve e presuntiva. Con ciò si sarebbe realizzata l'unificazione del regime della prescrizione per tutti i diritti nascenti dal rapporto di lavoro e a prescindere dalla stabilità o meno del rapporto.

Solo il tempo (questa volta sì proprio il tempo!) saprà dire come si assesterà il sistema.

IL DECORSO DELLA PRESCRIZIONE NEL DIRITTO DEL LAVORO TRA L'ESIGENZA DI CERTEZZA E LE INCERTEZZE DEL "DIRITTO VIVENTE"

Fiorella Lunardon *

1. Il silenzio del legislatore e la Corte Costituzionale

Pur vocato a presidiare la certezza del diritto, l'istituto della prescrizione nel diritto del lavoro è stato lasciato, ormai da più di settant'anni, al "diritto vivente", vale a dire all'elaborazione della giurisprudenza¹.

L'operazione effettuata dalla Corte costituzionale con le due fondamentali pronunce del 1966 (n. 63)² e del 1972 (n. 174)³ è stata non a caso qualificata in termini di "*inventio iuris*", atteso l'assoluto (e inspiegabilmente perdurante) silenzio del legislatore in materia.

La prima, con cui la Corte ha dichiarato «*l'illegittimità degli artt. 2048 n. 4, 2955 n. 2 e 2956, n. 1 del codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*», è antecedente alla l. 15 luglio 1966, n. 604 e argomenta in base alla «*situazione psicologica del lavoratore*» che sarebbe indotto a non esercitare il proprio diritto «*per timore del licenziamento*». In un contesto di recedibilità *ad nutum* il decorso della prescrizione in costanza di rapporto produrrebbe infatti proprio l'effetto che l'art. 36 Cost. intende precludere, sancendo l'irrinunciabilità dei crediti di lavoro⁴. Il *metus* è in ogni caso, come puntualizza la stessa Corte, configura-

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Torino.

¹E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in RIDL, 2008, I, p. 3 ss.

²Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63.

³Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174.

⁴Sulla equiparazione tra inerzia e rinuncia cfr. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti*

to come ostacolo materiale e non giuridico all'esercizio del diritto.

Nella seconda pronuncia, emanata successivamente all'entrata in vigore della l. n. 604/1966 e dello Statuto dei lavoratori, la Corte si chiede se, a seguito di tali innovazioni legislative – riferendosi espressamente sia alla legge del 1966, sia alla legge del 1970 – *«non sia venuto meno, per i rapporti regolati dalle suddette, il fondamento giuridico su cui poggiava l'invalidazione stabilita con la sentenza n. 63 del 1966»*.

Richiamando quindi l'ulteriore sua pronuncia n. 143/1969⁵, con cui *«ebbe a ritenere che il principio affermato nel 1966 (la non decorribilità della prescrizione in costanza di rapporto) non dovesse trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione»* e ciò si verifica per i rapporti di pubblico impiego, la Corte rileva come l'analogia tra questi ultimi e i rapporti di lavoro privato *«non sembra contestabile allorché ricorra l'applicabilità delle due serie di disposizioni menzionate, di cui la seconda deve considerarsi necessaria integrazione della prima, dato che una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare»*.

Nel 1972 il Giudice delle leggi individua pertanto la causa impeditiva del decorso della prescrizione in costanza di rapporto nella particolare “forza di resistenza” che a quel rapporto viene conferita dalla tutela apprestata dal legislatore contro i licenziamenti illegittimi, fatta coincidere con la tutela reale “necessaria integrazione” della l. n. 604/1966.

Va altresì sottolineato che, così come la pronuncia n. 63/1966 interveniva in una situazione di totale assenza di tutele (non essendo ancora stata emanata la legge n. 604, che è del 15 luglio, mentre la suddetta è del 10 giugno 1966), la pronuncia n. 174/1972 istituisce quale termine di confronto rispetto all'art. 18 St. lav. non l'art. 8 della l. n. 604, ma l'art. 11 della stessa, dunque ancora una situazione di libera recedibilità dal rapporto: *«alla conclusione enunciata (il decorso della prescrizione in costanza di rapporto) non può pervenirsi in tutti quei casi (come sono quelli risultanti dal-*

di lavoro, Giuffrè, Milano, 1983; sulla distinzione, invece, tra rinuncia negoziale e rinuncia inerziale v. A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro “destabilizzati”: l'insostenibile leggerezza del metus*, in DRI, 2022, 1, p. 3 ss., qui p. 12.

⁵Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143.

l'art. 11 cit.) per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione; sicché per essi deve rimanere fermo il principio che vieta di far decorrere il termine di prescrizione per le impugnative in materia di crediti di lavoro nel periodo di durata del rapporto, dovendosi il medesimo spostare alla fine di questo».

2. Tutela reale e stabilità del rapporto di lavoro

A ben vedere, dunque, la Corte costituzionale non si è mai pronunciata sul grado di resistenza conferita al rapporto di lavoro dalla tutela c.d. obbligatoria. Nella sentenza del 1972, come visto, ha anzi basato la propria argomentazione (certo sulla tutela reale, nel punto in cui ha operato il confronto con la disciplina del pubblico impiego, ma anche) sull'applicabilità delle disposizioni in materia di giusta causa (laddove ha operato il confronto con l'art. 11 della l. n. 604).

Non ci si può allora non chiedere se sia legittimo estrapolare dall'art. 2948, n. 4, c.c. (come modificato dagli interventi della Corte) il precetto (?) secondo cui solo la tutela reale realizzerebbe quella stabilità necessaria a neutralizzare il *metus*, ricostruendo la norma a mo' di puzzle con spezzoni argomentativi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, scelti *ad libitum* e decontestualizzati dall'assetto ordinamentale entro il quale sono stati espressi.

Con approccio più ragionevole e maggior fedeltà al metodo seguito dalla stessa Corte, che invero ha sempre dimostrato di voler "dialogare" con il contesto legislativo esistente, parrebbe miglior soluzione quella di indagare su quale possa essere, oggi, il grado di stabilità capace di restituire alla prescrizione la sua *ratio* di certezza del diritto⁶.

Sul piano del diritto positivo non v'è norma in base a cui si possa sostenere (e un'attenta lettura dello stesso percorso ermeneutico della Corte costituzionale lo conferma) che la tutela reale nelle forme stabilite dall'art. 18 St. lav. prima della riforma Fornero costituisce l'unico discrimine tra rapporti di lavoro stabili e rapporti di lavoro instabili. Ciò a maggior ragione se si pensa che quella tutela non è prevista dalla Costituzione, come ha

⁶Rileva la «degradazione della disciplina della prescrizione, ispirata alla certezza del diritto, a regola sempre esposta alle variazioni dei sistemi di protezione del lavoro» A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati"*, cit., p. 3 ss.

puntualizzato sempre il Giudice delle leggi quando ha dichiarato ammissibile il *referendum* sull'art. 18⁷.

L'errore in cui cadono le recenti sentenze della Cassazione sta nel chiudere il proprio orizzonte argomentativo ponendosi a valle degli orientamenti della Corte Costituzionale degli anni sessanta e settanta, senza confrontarsi con l'attuale quadro normativo che prevede una pluralità di regimi protettivi, tra cui la reintegra classica (nei casi di licenziamento nullo perché discriminatorio o ritorsivo o in violazione di norme di legge espressamente indicate) e la reintegra con indennità limitata (nei casi di insussistenza materiale del fatto posto alla base del recesso o di fatto per il quale i contratti collettivi stabiliscano una sanzione conservativa).

Una riprova della insensibilità della Cassazione rispetto all'attuale assetto ordinamentale, quale risultante non solo dalla sequenza di riforme che ha interessato nell'ultimo decennio il diritto del lavoro (culminata nel c.d. decreto Dignità⁸), ma anche dai successivi interventi della Corte costituzionale sulla disciplina del contratto a tutele crescenti (sentenze nn. 194/2018; 150/2020; 183/2022⁹), è data dalla mancanza, nella sentenza del settembre 2022, di una qualsiasi distinzione tra la disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo contenuta nell'art. 18 St. lav. (come modificato dalla l. n. 92/2012) e quella del d.lgs. n. 23/2015.

Ciò senza considerare che nel "diritto vivente" la reintegrazione, contrariamente alle dichiarate intenzioni del legislatore del 2012 e del 2015, non riveste affatto un ruolo residuale, come dimostrano gli ormai consoli-

⁷Corte cost. n. 303/2011: «il legislatore può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza». Secondo Corte cost. n. 268/1994: «il diritto alla stabilità del posto infatti non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che la sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme».

⁸Che ha aumentato l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 (da un minimo di 4 a un massimo di 24) a un minimo di 6 e un massimo di 36 mensilità.

⁹Cfr. altresì gli interventi della Corte costituzionale sull'art. 18 St. lav. come modificato dalla l. n. 92/2012 (Riforma Fornero): Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59, che dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 ... nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "può altresì applicare", invece che "applica altresì", la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma»; Corte cost. 19 maggio 2022 n. 125, che dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 ... limitatamente alla parola "manifesta"».

dati orientamenti in punto di predominanza del fatto giuridico sul fatto materiale; di interpretazione dei contratti collettivi quanto alle tipizzazioni dei comportamenti/inadempimenti soggetti a sanzioni conservative; di nullità del licenziamento per violazione delle norme sul comporta; di riconoscimento al *repechage* di una natura costitutiva del presupposto giustificativo del recesso, ecc.)¹⁰.

3. Il *metus* nella sentenza n. 26246/2022 della Cassazione

Che il problema del *metus* sia fuorviante è confermato dalla stessa Cassazione la quale, pur dichiarando di seguire il percorso tracciato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 63/1966¹¹, all'argomento del "timore" sovrappone quello (del tutto spurio nella giurisprudenza costituzionale) dell'esigenza di "conoscibilità chiara predeterminata e di semplice identificazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione". Fin dall'instaurazione del rapporto «ognuna delle parti deve sapere quali siano i diritti e soprattutto "fino a quando" possano essere esercitati, nel rispetto dell'interesse del lavoratore in quanto soggetto titolare dei diritti, ma parimenti del datore di lavoro, che pure deve conoscere quali siano i tempi di possibili rivendicazioni dei propri dipendenti per programmare una prudente ed informata organizzazione della propria attività d'impresa e della sua prevedibile capacità di sostenere il rischio di costi ed oneri che quei tempi comportino» (Cass. cit., punto 5.1).

Un siffatto argomento, in sé affatto autonomo e autosufficiente dal punto di vista motivazionale, è invero teso a rafforzare, *doppiandolo*, l'argomento del "*metus*", disvelando il dubbio che probabilmente affligge la

¹⁰P. TOSI-E. PUCETTI, *Il fantasma della tutela reintegratoria "residuale" divora la prescrizione dei crediti di lavoro* (nota a Cass., Sez. Un., 6 settembre 2022, n. 26246), in *ADL*, 2023, f. 1. Non a caso Cass., Sez. Un., n. 26246/2022 (parte motiva, punto 7.2) nega che «tali recenti pronunce» (cfr. nota che precede) abbiano «qualitativamente modificato il quadro normativo» nel quale la tutela reintegratoria avrebbe, rispetto alla tutela indennitaria, un carattere ormai recessivo. Infatti, continua la Corte, «tali pronunce hanno certamente esteso le ipotesi in cui può essere disposta la reintegra, ma non hanno reso quest'ultima la forma ordinaria di tutela contro ogni forma illegittima di risoluzione».

¹¹Cfr. Cass., Sez. Un., n. 26246/2022 (parte motiva, punto 4): «l'art. 2948 n. 4 c.c. (così come gli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c.), deve essere letto nella sua accezione costituzionalmente legittima, in esito ai noti interventi evolutivi della Corte costituzionale».

stessa Corte riguardo la riproponibilità e tenuta di quest'ultimo nell'attuale contesto normativo lavoristico¹².

Tanto che, nella parte in cui riprende il discorso tradizionale, la Cassazione si premura di sottolineare che il *metus* «non è una condizione meramente psicologica (siccome dipendente da una percezione soggettiva), ma obiettiva di timore del dipendente nei confronti del datore di lavoro, per effetto di una immediata e diretta correlazione eziologica tra l'esercizio obiettivamente inibito di una rivendicazione retributiva del lavoratore e la reazione datoriale di licenziamento in ragione esclusiva di essa» (Cass. cit., punto 8).

Ulteriore sdoppiamento (ma potremmo anche dire "sfilacciatura") della motivazione è dato dal fatto che la Corte, in un primo momento, attribuisce rilievo ad una nozione di "stabilità adeguata", salvo poi chiudere bruscamente con l'equazione *stabilità uguale a reintegra*.

Ed è sorprendentemente la stessa Corte che, richiamando la propria precedente pronuncia a Sezioni Unite (12 aprile 1976, n. 1268), propone quale nozione di "stabilità adeguata" quella per cui «è stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo. Il che, se per la generalità dei casi coincide con l'ambito di operatività della l. 20 maggio 1970, n. 300, può anche realizzarsi ogni qual volta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che diano al prestatore d'opera una tutela di pari intensità»¹³.

¹²Dubbi sulla riproponibilità nel tempo della motivazione di Corte cost. n. 63/1966 sono espressi anche dai giudici che, ritenendola ormai non più "esaustiva", hanno rimesso alla Corte costituzionale «le questioni interpretative delle norme codicistiche sulla decorrenza della prescrizione, pur già dichiarate incostituzionali, alla luce dell'evoluzione normativa, in alcuni caso anche prospettandosi una ipotesi di ingiustificata disparità di trattamento tra dipendenti in ragione della riconosciuta stabilità o no del loro rapporto di lavoro»: cfr. per più precisi riferimenti V.A. POSO, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei dipendenti privati dalla cessazione del rapporto di lavoro non garantito dalla generale applicazione della stabilità reale non supera la prova della Cassazione, che ci insegna come si interpretano, dopo le riforme sui licenziamenti del 2012 e del 2015, le norme codicistiche già dichiarate incostituzionali. A dimostrazione che la coperta del diritto è (quasi sempre) corta*, in *Labor*, 27 settembre 2022, p. 8.

¹³Quindi anche, dovrebbe ammettersi, la tutela reale disposta su base convenzionale. Cfr. Corte cost. 20 novembre 1969 n. 143, che ha sostenuto la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto per l'avventiziato del pubblico impiego, in considerazione della

Nella menzionata sentenza del 1976 la nozione di stabilità, lungi dal coincidere con il regime originario dell'art. 18 St. lav., acquisisce una ben più ampia estensione, comprensiva della disciplina sui presupposti giustificativi del recesso, della previsione di un sindacato giudiziale in ordine al loro corretto utilizzo da parte del datore di lavoro, oltre che di strumenti sanzionatori che garantiscano la *possibilità* della rimozione degli effetti in caso di illegittimità.

Ebbene tutti questi elementi sono oggi incontestabilmente presenti nei pur diversi regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo. E quand'anche si volesse avvalorare il tradizionale "motivo" del *metus*, a rigore dovrebbe osservarsi che il licenziamento paventato non può essere che quello ritorsivo, per il quale resta confermata, sia dalla l. n. 92/2012, sia dal d.lgs. n. 23/2015, l'applicazione della tutela reintegratoria classica¹⁴, sia nelle piccole che nelle grandi imprese¹⁵.

La controvertibilità del discorso sul *metus* trova riscontro anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale (v. sentenza 7 novembre 2006, n. 354, non richiamata dalla nostra Cassazione), la quale riconduce le previsioni del codice della navigazione che escludono la decorrenza della prescrizione durante il rapporto «*non al metus di licenziamento del lavoratore nautico o aeronautico*» bensì al fatto che «*le prestazioni lavorative del per-*

forza di resistenza del rapporto «*data da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto o dalle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso, le quali escludono che il timore del licenziamento possa indurre l'impiegato a rinunciare ai propri diritti*». Dunque anche nei rapporti di pubblico impiego temporaneo l'impiegato deve intendersi «*assistito dalle garanzie dei rimedi giurisdizionali contro l'arbitraria risoluzione anticipata del rapporto, rimedi che si estendono al sindacato sull'eccesso di potere come confermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato*».

¹⁴ Il rilievo è comune alla dottrina che sostiene la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto: R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, 2, p. 153 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?* (nota a Trib. Napoli 12 novembre 2019, n. 7343; App. Milano 26 febbraio 2020, n. 89), in *RIDL*, 2020, II, p. 269 ss.

¹⁵ A coloro che obiettano che le difficoltà sul piano probatorio della ritorsività integrebbero o rafforzerebbero il *metus*, può opporsi che ricade pur sempre sul datore di lavoro la prova dell'esistenza del presupposto giustificativo del recesso; solo se ciò non avviene, sarà il lavoratore a dover fornire la dimostrazione del motivo illecito, determinante ed esclusivo. Sul punto autorevole dottrina ha peraltro osservato che, se di *metus* si deve parlare, ai fini della decorrenza della prescrizione dovrebbe essere rilevante il «*timore di essere licenziati*» e non «*il timore di soccombere in giudizio*»: M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, 1, p. 20.

sonale di bordo o di volo sono destinate ad espletarsi in luoghi diversi da quello di assunzione e di residenza del dipendente, sicché le disposizioni censurate intendono dare rilievo ad una situazione di impossibilità o di particolare difficoltà di esercizio del diritto, connesse alla fisica lontananza dal foro competente». Il Giudice delle leggi in tal modo dimostra una capacità di discernimento e di valutazione del dato normativo nella sua concretezza che è invece assente nella sentenza della Cassazione del settembre 2022, la prima peraltro di un filone in via di rapido consolidamento¹⁶.

4. L'incertezza "di ritorno"

Se per le imprese è un bene la "prevedibilità", come riconosciuto in sentenza (v. *supra*), non si comprende in che modo possa essere preferibile, per il datore di lavoro, lo spostamento del termine iniziale di decorrenza della prescrizione al momento della cessazione del rapporto di lavoro, atteso peraltro che questo "nuovo" regime dovrebbe valere a partire da cinque anni prima della data di entrata in vigore della l. n. 92/2012 (quindi dal 2007).

Poco conta che, in forza del nesso con l'art. 36 Cost., i crediti per i quali muta il decorso dell'istituto siano quelli relativi ad esempio all'indennità sostitutiva delle ferie e ai riposi settimanali e giornalieri (cinque anni per i crediti retributivi, dieci per il risarcimento del danno da mancata fruizione)¹⁷. Per le imprese aumenterà senz'altro la difficoltà di gestione del rapporto di lavoro, anche sotto il profilo della documentazione e prova di circostanze che risalgono nel tempo, oltre che l'incertezza sulle conseguenze dell'esercizio delle prerogative datoriali in tempi in cui, spesso, sono le stesse normative – complesse e stratificate – ad indurre in errore o a suscitare perplessità applicative.

¹⁶Cfr. Cass. nn. 30957 e 30958 dell'ottobre 2022. Per la giurisprudenza di merito, v. App. Milano 30 aprile 2019, n. 376; 28 febbraio 2020, n. 324; 25 ottobre 2021, n. 1352; Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2625; 6 novembre 2017, n. 2861; Trib. Bergamo 14 luglio 2017, n. 585; Trib. Firenze 16 gennaio 2018, n. 25; Trib. Alessandria 9 gennaio 2019, n. 4.

¹⁷Si ricorda che per l'indennità sostitutiva delle ferie, considerata la sua natura ibrida, la prescrizione è di dieci anni; così come per il diritto alla qualifica. L'art. 2948, n. 4, c.c. non riguarda comunque i crediti retributivi maturati con periodicità costante.

5. La necessità di un intervento legislativo

Non resta allora che l'auspicio di un intervento legislativo che restituisca certezza ad una materia che da sempre è esposta alle variazioni del quadro normativo, dell'elaborazione giurisprudenziale, delle contingenze culturali.

Nell'ampio ventaglio delle soluzioni possibili si contrappongono, da un lato, le proposte di riscrittura globale dell'intera disciplina della prescrizione dei diritti dei lavoratori (non solo quelli retributivi), implicanti una rimodulazione dell'istituto secondo nuovi equilibri tra decorrenza e tempistiche; dall'altro, gli interventi di riforma dei soli termini di sospensione previsti dall'art. 2942 c.c.

In ogni caso, sostiene parte della dottrina, l'esigenza di certezza dovrebbe essere soddisfatta «*grazie allo scollegamento della prescrizione lavoristica dal regime di stabilità dei rapporti di lavoro*»¹⁸.

Su questa linea si era già collocato il Cnel nel lontano 1985, che nelle sue *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro* ipotizzava una generalizzata sospensione della prescrizione per tutti i diritti dei lavoratori, compensata dalla abbreviazione (a un anno) del relativo arco d'azione temporale.

¹⁸A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati"*, cit., p. 17.

PRESCRIZIONE DEI CREDITI E STABILITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO

Giampiero Proia *

1. – Poter intervenire tra gli ultimi in questo seminario agevola grandemente il mio compito.

Tutte le questioni puntualmente poste dalla relazione introduttiva di Emilio Balletti hanno già ricevuto risposte altrettanto puntuali dagli interventi che mi hanno preceduto, anche se, come era prevedibile, si è registrata una certa discordanza di opinioni in merito alla soluzione adottata dalle due sentenze “*gemelle*” della Cassazione nn. 26246/2022 e 30957/2022.

Per evitare, quindi, inutili ripetizioni di quanto abbiamo già ascoltato, mi posso limitare a dire che condivido i rilievi critici che sono stati svolti, tra gli altri, da Arturo Maresca, sulla base di una analisi particolarmente attenta ed approfondita. Anche a mio avviso, per quanto l’esito apparisse in qualche modo “*scontato*”, restano molte perplessità sia per quanto riguarda l’*iter* argomentativo che sostiene le due sentenze, sia per quanto riguarda la scelta di non rimettere la decisione di una questione di tale rilievo alla Corte costituzionale (o, quantomeno, alle Sezioni Unite).

2. – Vorrei, comunque, sviluppare qualche considerazione personale su alcuni dei passaggi argomentativi della Corte, a partire da quelli che riguardano la funzione essenziale dell’istituto della prescrizione.

Entrambe le sentenze, dopo aver premesso che tale istituto «*invera il principio di certezza del diritto*», concentrano la loro attenzione sull’esigenza di certezza della «*decorrenza*» della prescrizione. In particolare, la Corte sottolinea che il criterio di individuazione del *dies a quo* «*deve soddisfare un’esigenza di conoscibilità chiara predeterminata e di semplice identifica-*

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi “*Roma Tre*”.

zione», il che «presuppone che, fin dall'instaurazione del rapporto, ognuna delle parti sappia quali siano i diritti e, soprattutto, per quanto qui rileva, quando e fino a quando possano essere esercitati», nel rispetto e nell'interesse del lavoratore, «ma parimenti del datore di lavoro».

Affermazioni ineccepibili. Ma, da un lato, del tutto inconferenti rispetto alla soluzione del problema, essendo evidente che la certezza del momento di decorrenza della prescrizione sarebbe stata soddisfatta sia identificando tale momento con quello della maturazione del credito sia identificandolo con quello della cessazione del rapporto.

Con l'aggiunta che, se entrambi i momenti sono ugualmente idonei a garantire di per sé la certezza del criterio di identificazione della decorrenza della prescrizione, altrettanto non può dirsi per ciò che riguarda la certezza dei rapporti giuridici, posto che la scelta di individuare il *dies a quo* nel momento di cessazione del rapporto prolunga per un tempo indeterminato, e potenzialmente assai lungo, la situazione di incertezza sulla esistenza o no del credito.

Suona, quindi, involontariamente «beffardo» che uno dei presupposti argomentativi da cui muove la Cassazione – per arrivare, poi, a concludere che la prescrizione non decorra durante il rapporto di lavoro – sia rappresentato da un'esigenza di «chiara conoscibilità» che soddisfa anche l'interesse del datore di lavoro. Credo che questo passaggio argomentativo sia ben difficile da spiegare al datore di lavoro che, per effetto della conclusione cui la Corte è pervenuta, si trovi esposto al rischio di rivendicazioni legate a vicende assai risalenti nel tempo (potenzialmente anche quarant'anni e più) sulle quali non ha alcuna memoria storica diretta o indiretta, né documentazione idonea a ricostruire i fatti ed esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio. Mentre, a ben vedere, il medesimo problema non si pone per il lavoratore, il quale, se per il timore del licenziamento decida di differire il momento della rivendicazione, avrà giustamente la cura di conservare da subito le prove a sé favorevoli in vista del futuro giudizio.

Peraltro, non è neppure esatto affermare che l'ancoraggio del decorso della prescrizione alla cessazione del rapporto assicuri l'esigenza di conoscibilità chiara, predeterminata e di semplice identificazione «fin dall'instaurazione del rapporto».

Il rapporto di lavoro, essendo per sua natura destinato a svolgersi nel tempo (e, quindi, come già sottolineato, potendo protrarsi anche per decenni), è comunque soggetto alla sopravvenienza di modifiche che possono incidere sul criterio di decorrenza della prescrizione, determinandone la

sua variazione durante lo svolgimento del rapporto, Variazioni che possono derivare sia da vicende dell'impresa (come quelle regolate dall'art. 2112 c.c.), sia da uno *ius novum*, come, appunto, nel caso della «*riforma*» dell'art. 18 della l. n. 300/1970. A ben vedere, proprio questo caso evidenzia come il criterio di identificazione del decorso della prescrizione, che – secondo la Corte – deve necessariamente essere chiaramente conoscibile al momento dell'instaurazione del rapporto, sia stato modificato, con effetto su tutti i rapporti di lavoro instaurati nel vigore del testo originario dell'art. 18, in conseguenza di una vicenda non imputabile al datore di lavoro, essendo esclusivamente derivante dal combinato disposto della novella del 2012 e dalla soluzione interpretativa che le sentenze “*gemelle*” hanno ritenuto di adottare.

Ancora con buona pace della funzione dell'istituto della prescrizione, che dovrebbe inverare il principio fondamentale della certezza del diritto.

3. – Tralasciando le considerazioni che precedono sul passaggio argomentativo della Corte riferito alla funzione della prescrizione, vorrei, poi, soffermarmi su quelli che a me sembrano i punti veramente decisivi nel ragionamento della Cassazione.

In estrema sintesi, a me pare che tale ragionamento si fondi su quattro affermazioni: *a)* la riforma dell'art. 18 disposta dal legislatore nel 2012 prevede una «*applicazione selettiva delle tutele*» facendo venir meno la “*esclusività*” di quella reintegratoria; *b)* quest'ultima ha «*oramai un carattere recessivo*»; *c)* il nuovo art. 18, quindi, nel confronto con il testo originario (interpretato alla luce del «*diritto vivente*») non assicura «*una altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro*»; *d)* ai fini del decorso della prescrizione durante il rapporto, è necessario che «*la reintegra non soltanto sia, ma appaia la sanzione contro ogni illegittima risoluzione*», in considerazione del fatto che è «*questa oggettiva precognizione*» l'elemento dal quale deriva «*l'assenza di metus da parte del lavoratore*».

Ora, l'unica affermazione che può essere integralmente condivisa è la prima, mentre le altre meritano qualche osservazione.

4. – Severamente criticabile è la seconda affermazione, relativa al “*carattere recessivo*” della reintegrazione nel nuovo art. 18, perché essa omette di considerare (e non si comprende come ciò sia stato possibile) proprio quel “*diritto vivente*” al quale la Corte dice di ispirarsi e che ha, indubbiamente, determinato una notevole “*riespansione*” dell'ambito di applicazio-

ne della reintegra nell'ipotesi del licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo.

Più in particolare, la “*riespansione*” è oramai totale nel caso del giustificato motivo oggettivo, in quanto le due sentenze della Corte costituzionale n. 59/2021 e n. 125/2022 comportano l'applicazione della reintegra ad ogni ipotesi di insussistenza del “*fatto*” posto a base del giustificato motivo, mentre, allo stesso tempo, la Cassazione ha provveduto a precisare che anche l'obbligo di “*repechage*” è elemento costitutivo di quel “*fatto*”, onde pure la sua violazione comporta la medesima tutela (cfr. Cass. n. 10435/2018).

Non è totale, ma quasi, la riespansione della tutela “*forte*” nell'ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, tenuto conto dell'interpretazione della Cassazione che, con orientamenti già consolidati alla data della pronuncia delle sentenze “*gemelle*”, ha ritenuto applicabile quella tutela in tutte le ipotesi nelle quali il licenziamento risulti essere una sanzione non proporzionata alla luce delle previsioni dettate in materia disciplinare dai contratti collettivi (cfr. Cass. nn. 1165/2022 e 13063/2022).

5. – Per quanto riguarda, poi, l'affermazione relativa al venir meno, nel nuovo art. 18, di una «*altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro*», essa finisce con il fare propria una nozione di “*stabilità*” del rapporto di lavoro che risulta più estesa e rigida di quella presupposta dalla giurisprudenza costituzionale.

Tanto nella sentenza n. 143/1969, quanto, successivamente, nella n. 174/1972, il Giudice delle leggi ha ritenuto che la prescrizione decorra dal momento della maturazione del credito quando «*il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri **normalmente** la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione*».

Ed allora, se le sentenze interpretative della Corte costituzionale devono essere utilizzate come il parametro alla stregua del quale valutare la rilevanza delle modifiche dell'art. 18, bisogna anzitutto chiedersi se, visto il tempo trascorso e considerata la complessa evoluzione della disciplina dei licenziamenti, non fosse preferibile lasciare che fosse il giudice costituzionale a pronunciarsi su cosa debba intendersi per disciplina che assicuri “*normalmente*” la stabilità del rapporto, atteso che tale avverbio sembrerebbe escludere il carattere automatico e necessario della reintegra.

Allo stesso modo, è da chiedersi se non sarebbe stato opportuno che la

Corte avesse potuto chiarire a cosa intendesse riferirsi quando ha usato l'espressione «*ogni illegittima risoluzione*». Ed infatti, dalla sentenza n. 174/1972 sembrerebbe che il riferimento riguardasse i licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo, e non i licenziamenti inefficaci, in quanto, per descrivere i rapporti dotati di stabilità, quella sentenza richiamava solo l'art. 1 della l. n. 604/1966 e non l'art. 2 della stessa legge. La Corte costituzionale, in altri termini, parlando di «*stabilità*», sembrava aver riguardo alla tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo.

Il che, incidentalmente, sollecita un'osservazione anche con riguardo all'altra affermazione della Cassazione, relativa alla necessità che vi sia l'«*oggettiva precognizione*» della applicabilità della reintegrazione affinché possa escludersi il «*metus*» del lavoratore idoneo ad indurlo a non far valere il proprio diritto di credito. In realtà, nel momento in cui si attribuisce rilievo ad un elemento psicologico, quale quello del *metus*, si dovrebbe allora anche considerare che, nel nostro sistema, una tale «*oggettiva precognizione*» non esiste mai dal punto di vista psicologico. E ciò, in primo luogo, perché le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo sono suscettibili di varia interpretazione e, soprattutto, di diversa applicazione in sede giudiziale: basti pensare al diverso esito che possono avere i giudizi di impugnazione che abbiano ad oggetto la medesima tipologia di inadempimento. Ma anche, in secondo luogo, perché il lavoratore sa di essere esposto ad altri atti di esercizio dei poteri del datore di lavoro (diversi dal licenziamento individuale) che possono comunque incidere in modo significativo sulla sua posizione di lavoro, quali, ad esempio, il licenziamento collettivo (sottratto alla disciplina dei licenziamenti individuali), il trasferimento del luogo di lavoro, o la modifica delle mansioni (oggi agevolata dai limiti meno stringenti del nuovo art. 2103 c.c.). Da qui, peraltro, si potrebbe anche dubitare della persistente sufficienza del presupposto della stabilità ai fini dell'immediato decorso della prescrizione dal momento in cui il credito può essere fatto valere.

6. – In conclusione, ciò che si vuole sottolineare è che l'interpretazione data dalle sentenze «*gemelle*», da un lato, sembra estendere la nozione di «*stabilità*» avuta presente dalla Corte costituzionale, così da richiedere che essa assicuri la reintegra anche nel caso di violazioni meramente formali e non solo nel caso di «*insussistenza*» delle «*circostanze obiettive e predeterminate*» idonee a giustificare il licenziamento (cfr.

Cass., Sez. Un., n. 1268/1976). Con la conseguenza che, a ben vedere, se tale estensione fosse condivisa, si potrebbe allora dubitare che anche i rapporti di pubblico impiego, oggi, non siano più “*stabili*”, posto che la disciplina attualmente applicabile a tali rapporti esclude la reintegrazione per talune ipotesi di vizi formali del licenziamento (cfr. art. 55, comma 9-ter, d.lgs. n. 165/2001).

D’altro lato, l’interpretazione della Cassazione produce l’effetto di irrigidire e rendere imm modificabile una nozione che, invece, dovrebbe essere suscettibile di aggiornamenti ed adeguamenti in base all’evoluzione complessiva della disciplina dei licenziamenti, e forse, a mio avviso, dello stesso ordinamento del lavoro, inteso come insieme delle tutele e delle garanzie poste a protezione dei lavoratori.

Come ricorda anche la Cassazione il diritto alla stabilità «*non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient’altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamenti sanzionati dall’invalidità dell’atto*». Invece, il risultato dell’operazione interpretativa delle sentenze “*gemelle*” è proprio quello di ipostatizzare gli elementi identificativi di quel diritto, in modo da renderlo “*impermeabile*” a ogni variazione del sistema normativo. Cosicché, ai fini di una diversa disciplina della prescrizione, resterebbe irrilevante l’adozione di qualsiasi tutela alternativa, compresa quella indennitaria-risarcitoria, e quindi non solo la tutela prevista dal d.lgs. n. 23/2015, ma anche, ad esempio, una tutela economica quantificata in un qualsiasi multiplo degli importi, già consistenti nel massimo (36 mesi), definiti da quest’ultimo decreto.

L’irragionevolezza di un tale effetto appare evidente, soprattutto tenuto conto che la tutela della reintegrazione non garantisce comunque l’effettivo ripristino dell’esecuzione del rapporto di lavoro, essendo incoercibile l’ordine del giudice, onde, anch’essa, si traduce in una tutela di natura economica, per quanto rafforzata sia.

Senza contare, infine, che il diritto al posto di lavoro non è un diritto indisponibile, essendo consentita al lavoratore di rinunciarvi anche nelle sedi non protette di cui all’ultimo comma dell’art. 2113 c.c. (e senza che sia neppure necessaria la previsione di uno specifico corrispettivo della rinuncia).

È per queste ragioni che sarebbe stato più che opportuno un *self restraint* da parte della Cassazione, consentendo che su una questione così rilevante fosse la Corte costituzionale a dire la parola decisiva.

Forse, però, si può sperare, e a mio avviso sarebbe auspicabile, che, *me-*

lius re perpensa, ciò accada alla prossima occasione utile. Sempreché, cosa non probabile, non sia prima il legislatore ad intervenire per allineare la nostra disciplina della prescrizione dei crediti di lavoro ad altre legislazioni europee, come pure è stato proposto, al fine di dare un contenuto effettivo al principio della certezza dei rapporti giuridici.

CHIAROSCURI SULLA QUESTIONE DELLA PRESCRIZIONE E DELLA STABILITÀ NEL RAPPORTO DI LAVORO

Rosario Santucci*

1. Premessa (breve)

La questione si racchiude in alcuni concetti chiave che, approfonditi, consentono di condividere nella sostanza la conclusione della Cassazione¹. Persistono, invece, chiaroscuri nel percorso argomentativo di quest'ultima e, in ogni caso, nella disciplina che si ricava dalle interpretazioni manipolative della normativa civilistica (artt. 2935 e ss. c.c.)². Sembra di trovarsi di-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Sannio di Benevento.

¹ V. le sentenze 6 settembre 2022, n. 26246 e 20 ottobre 2022, n. 30957. Cfr., sulla prima, il commento, di A. BOLLANI, *La Cassazione supplisce al silenzio del legislatore: la prescrizione dei crediti di lavoro non decorre in costanza di rapporto*, in *DML*, 2022, 3, di U. GARGIULO, *Licenziamento e prescrizione: la Cassazione mette un punto, o forse un punto e virgola*, in *DLM*, 2022, 2 e di P.E. PEDÀ, *Sulla decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto: l'inversione di rotta della Corte di Cassazione dopo quasi 50 anni*, in *MGL*, 2022, 3, p. 697 ss.

² Cfr. al riguardo, anche per la bibliografia e la giurisprudenza, da ultimo E. BALLETTI, *Introduzione alla discussione sulla prescrizione dei diritti retributivi*, in *DML*, 2022, 3; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, 2; A. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell'intervento nomofilattico della Cassazione)*, in *ADL*, 2022, p. 216 ss.; O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 149; A. TURSI, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati": note critiche*, in *DRI*, 2022, p. 308 ss. E, in ogni caso, come tessere di un ampio mosaico, E. FIATA, *Prescrizione e stabilità del rapporto di lavoro dopo le riforme del regime sanzionatorio dei licenziamenti*, in *VTDL*, 2018, p. 608; M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2018, p. 1; V. MAIO, *Prescrizione e decadenza dei diritti dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, 2014, p. 492;

nanzi al fenomeno focalizzato da chi ha rilevato che, di fronte alla crescente complessità della società occidentale, vacillano i pilastri del moderno Stato di diritto (il principio di legalità e quello della separazione dei poteri), con l'emersione di un *eccesso* di discrezionalità del potere giudiziario. L'*eccesso* o la *pervasività* dell'intervento giudiziale sono originati nel nostro caso da consolidate inadeguatezze legislative. Il rischio che si corre è quello di derive soggettivistiche ed esagerata imprevedibilità del diritto³. Anche la giurisprudenza vuole contrastare quest'ultima ma attraverso torsioni, incoerenze interpretative o soluzioni strutturalmente fragili in quanto non generalmente vincolanti. Le notazioni dottrinali dovrebbero suggerire ricomposizioni equilibrate delle regole, considerando la totalità, il pregio, la forza e le interrelazioni degli interessi implicati e richiamando al rispetto delle funzioni istituzionali⁴.

2. Ragioni dell'auspicabile innovazione legislativa

Rispondendo ad uno dei quesiti posti da Emilio Ballelli nell'introduzione al seminario e partendo dalla normativa implicata nella questione, sarebbe preferibile che il regime della prescrizione fosse disciplinato nuovamente dal legislatore e aggiornato sia nel suo complesso⁵, sia con riguardo ai rapporti di lavoro. Se è pur vero che la protezione del lavoratore – ora-

S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, *ivi*, 2013, p. 884; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 892; E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, p. 3.

³ Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022, *passim*; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁴ Perciò non si vuole negare l'importanza dell'ermeneutica nel diritto odierno ma promuovere il giusto equilibrio tra gli attori istituzionali: sul punto sia consentito il rinvio a R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro. Saggi di un quinquennio*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1-18.

⁵ Cfr. al riguardo criticamente E. MINERVINI (a cura di), *La decorrenza della prescrizione*, in *GI*, 2022, 12; G. MAGRI, *La prescrizione*, Esi, Napoli, 2019; E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *RTDPC*, 2011, p. 1087 ss.; per le opere manualistiche v. L. VIOLA (a cura di), *Prescrizione e decadenza*, Wolters Kluwer, Milano, 2015; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, p. 423 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2022.

mai privo dello scudo della stabilità o di una parte dello stesso – passa anche per la collocazione temporale dell’inizio della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi alla cessazione del rapporto di lavoro, è anche vero che, per alcuni crediti, l’attesa di cinque anni (la prescrizione breve!) dalla cessazione del rapporto di lavoro è eccessivamente onerosa per i datori di lavoro, già toccati dall’imprescrittibilità temporanea durante il rapporto di lavoro (v. ad esempio il diritto al pagamento degli scatti di anzianità⁶).

Il legislatore, tenuto conto del fatto che la prescrizione è strutturalmente funzionale ad assicurare tanto la certezza dei rapporti giuridici quanto l’equità tra le parti considerando che s’incide sull’estinzione dei diritti e che occorre tutelare le situazioni giuridiche coinvolte, dovrebbe finalmente bilanciare gli interessi in gioco, com’è avvenuto per altri istituti. Dovrebbe consentire di uscire da questo specifico contenzioso, divenuto sempre più asfittico e complicato, data la complessità del regime dei licenziamenti in cui il diritto del lavoro è caduto. Anzi dovrebbe anche tentare di semplificare la tutela contro i licenziamenti illegittimi, liberandola dalle frammentazioni indotte dalle “riforme” del 2012 e del 2015; riforme che sono state colpevolmente omissive sulla questione della prescrizione, di cui si conosceva la stretta connessione con il regime di stabilità del rapporto di lavoro, fissata dalla Corte costituzionale dalla sentenza n. 66/1963 e raffinata nella sentenza n. 174/1972 e, in conformità, da Cass., Sez. Un., n. 1268/1976.

Si potrebbe prendere esempio dal codice della navigazione, artt. 373 e 937, secondo cui, come noto, diritti derivanti dal contratto di arruolamento o da quello del personale di volo si prescrivono col decorso di due anni dal giorno dello sbarco nel porto di arruolamento o di assunzione, successivamente alla cessazione o alla risoluzione del contratto⁷. In questo modo

⁶V. Trib. Perugia 9 maggio 2019 (le sentenze citate nel testo sono reperibili nelle banche di dati di *Leggi d’Italia* oppure *DeJure* ovvero nei siti istituzionali delle Corti superiori).

⁷Il Trib. Roma, con ordinanza del 17 maggio 2022, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 937, comma 1, cod. nav. in quanto, di fronte alla *ratio* della speciale disciplina, non fondata sul *metus* del licenziamento, ma sulla rilevanza di una situazione di vera e propria impossibilità (per i rapporti a viaggio) o di particolare difficoltà (nel rapporto a più viaggi, in quello a tempo determinato e in quelli a tempo indeterminato) di esercizio del diritto, connesse alla fisica lontananza dal foro competente (richiamando Corte cost. n. 354/2006), rileva che il personale di volo, grazie alla disciplina «privilegiata» dei riposi, è posto, quanto alle possibilità di curare le proprie esigenze extralavorative, sullo

ci si potrebbe allineare a riferimenti consolidati a livello europeo (Francia e Germania), che, adeguandosi ai Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali del 2016, hanno fissato termini di prescrizioni brevi e hanno escluso o sospeso il decorso del termine, quando il creditore non abbia conoscenza degli elementi che gli consentono il pieno esercizio del proprio diritto⁸. La decorrenza potrebbe slittare dunque alla cessazione del rapporto di lavoro, presumendo nel rapporto di lavoro subordinato (e in quelli equiparabili) il difetto predetto di conoscenza o comunque la condizione di subordinazione o di soggezione del lavoratore.

3. Stabilità del rapporto di lavoro: inesistenza

È pienamente condivisibile la posizione della Cassazione sul fatto che la stabilità del rapporto di lavoro si fondi su una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione del contratto alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento, rimozione che coincide con la reintegrazione e l'ambito di operatività dell'art. 18 della l. n. 300/1970.

Questa condizione è assente dal nostro ordinamento dopo la riforma del 2012 (l. n. 92) e quella del 2015 (d.lgs. n. 23)⁹.

stesso piano della generalità degli altri lavoratori e pertanto, non apparendo più sussistente la specialità, si deve dare atto della piena possibilità legale di esercizio del diritto, ai sensi dell'art. 2935 c.c. L'ordinanza del giudice romano, sensibile verso le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche delle compagnie aeree, non poteva considerare che, secondo l'interpretazione della Cassazione, nel campo comune giuslavoristico il *metus* si è oramai esteso, con il regredire della stabilità, e che quindi la prescrizione decorre a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro.

⁸Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 424; E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 1092 ss.; E.C. SCHIAVONE, *Le prescrizioni presuntive*, in *LDE*, 2021, 4.

⁹Sull'evoluzione della disciplina del licenziamento la letteratura è amplissima. V. da ultimo O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2022, p. 519 ss.; G. PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2022, p. 317 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 419 ss.; L. ZOPPOLI, *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2022, I, p. 333 ss. In ogni caso cfr. C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo tra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in *Id.* (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 78 ss.; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione dei conflitti*, in

Non è possibile al contrario appellarsi all'argomento della persistenza della reintegrazione poiché il licenziamento discriminatorio, nullo e ritorsivo sono nel nostro sistema assistiti dalla reintegrazione piena o attenuata (come nel caso del licenziamento per superamento del comportamento *ex art.* 18, comma 7, l. n. 300/1970). Sorvolando sulle irrazionali distinzioni tra tipi di licenziamento nullo e sottolineando, comunque, che non si possono mettere sullo stesso piano licenziamento discriminatorio e ritorsivo, poiché, per quest'ultimo, oggetto e regime della prova restano differenti¹⁰, si potrebbe rilevare che anche nel campo di applicazione della l. n. 604/1966 alcune fattispecie di licenziamento discriminatorio erano considerate nulle, con applicazione della tutela della nullità del diritto comune dei contratti (art. 4). Ciò non ha impedito di ritenere che il regime di tutela della l. n. 604 nei confronti del licenziamento ingiustificato non comportasse la stabilità "reale" ma soltanto di aver ulteriormente accresciuto il novero delle giustificazioni legittime del licenziamento, generalizzate dalla l. n. 108/1990. La stabilità, in presenza della l. n. 604/1966, non esisteva dal momento che il datore aveva la possibilità di scegliere tra "riassunzione" o tutela indennitaria forfettizzata tra un minimo ed un massimo di mensilità di retribuzione.

Né tanto meno il giudizio positivo sulla stabilità reale si può fondare sulla persistenza della tutela reale attenuata, in caso di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (peraltro solo per giustificato motivo soggettivo nel d.lgs. n. 23/2015). Si tratta infatti di un rimedio ripristinatorio utilizzabile in via residuale, solo a seguito di un'ipotesi soggetta ad un dif-

RIDL, 2015, I, p. 215 ss.; E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato dir. lav.*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. V, Cedam, Padova, 2017; P. BELLOCCHI-P. LAMBERTUCCI-M. MARASCA (a cura di), *Il sistema delle tutele nei licenziamenti alla luce della normativa emergenziale*, Giuffrè, Milano, 2022; C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS di Torino 16-17 giugno 2022 (reperibile nel sito aidlass.it). Per una più ampia indagine v. E. BALLETTI, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, in *MGL*, 2020. Su licenziamento e Covid-19, cfr. G. PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid*, Giappichelli, Torino, 2020; P. DE PETRIS, *Ragionevolezza e opportunità del divieto di licenziamenti economici (e delle relative proroghe) al tempo del Covid-19*, in *VTDL*, 2021, 4, p. 965 ss.; E. BALLETTI, *Cassa integrazione guadagni e licenziamenti economici in uscita dalla pandemia Covid-19*, in *MGL*, 2022, 1, p. 11 ss.

¹⁰ Per un recente approfondimento delle irrazionalità sia consentito ancora il rinvio, anche per indicazioni bibliografiche, a R. SANTUCCI, *Il licenziamento in violazione del divieto durante il comporta per malattia: la Cassazione sopperisce alle irrazionalità legislative?*, in *DML*, 2022, 3. In materia di nullità del licenziamento cfr. F. LUNARDON, *Licenziamento, regime delle nullità e processo del lavoro*, in *GI*, 2019, p. 2199 ss. Per le peculiarità del licenziamento ritorsivo cfr. Cass. 27 gennaio 2022, n. 2414.

ficile *iter* probatorio, caratterizzata da incertezza nella sua soluzione giudiziale¹¹.

La Cassazione del 2022 si fonda sulle sentenze della Corte costituzionale¹² per affermare la competenza del legislatore nell'individuazione della tutela contro il licenziamento illegittimo e sull'interpretazione dell'art. 4 Cost. Senonché qui si rileva un corto circuito.

Per un primo verso occorre ricordare che sia nella Costituzione (art. 4), sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 30) si ancora l'obbligatorietà della motivazione al licenziamento (come anche sottolinea la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale), che costituisce uno dei parametri su cui fondare la stabilità.

Per un secondo verso il radicamento della stabilità reale sulla reintegrazione e la sua coesistenza con la tutela risarcitoria, compatibile costituzionalmente, evidenziano una crepa nel ragionamento. Nel senso che se la tutela per equivalente "adeguata" rientra tra le scelte costituzionalmente compatibili del legislatore, questa non può *non essere equiparata* alla tutela reintegratoria e far sparire il *metus* del lavoratore. Ciò significa che quindi nel giudizio di stabilità potrebbe prendere il posto della tutela ripristinatoria.

Si segue l'insegnamento della Corte costituzionale che ha immesso, e legittimato, un elemento di forte crisi, negando il fondamento costituzionale e prioritario della tutela ripristinatoria¹³. A tale riguardo avrebbe potuto tenere conto non solo delle norme lavoristiche per escluderla – la tutela

¹¹ In modo analogo, ancor prima delle sentenze della Cassazione, v. Trib. Cagliari 4 febbraio 2022, in *LG*, 2022, 6, p. 649; Trib. Brescia 26 maggio 2021.

¹² In particolare, le sentenze n. 194/2018 e 183/2022. Sulla prima, cfr. A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in M. TREMOLADA-A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa: Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, p. 957 ss.; F. CARINCI, *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 465 ss.; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2018, p. 197 ss. Sulla seconda, v. M. MOCELLA, *Il licenziamento nella piccola impresa: molti dubbi e poche certezze dopo il nuovo intervento della Corte Costituzionale*, in *DML*, 2022, 3.

¹³ Si ribadisce una riflessione già offerta: v. R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia*, cit., 55-84; ID., *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *MGL*, 2019, p. 354 ss.; in una diversa prospettiva F. SANTONI, *Reintegrazione e alternative economiche nell'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali*, in *DML*, 2020, 3, p. 505 ss.; C. PISANI, *op. cit.*

generale dell'occupazione che giustifica una protezione attenuata per i licenziamenti illegittimi –, ammesso che sia sostenibile, ma anche di quelle che impongono di garantire l'effettività della tutela dei diritti, una volta che questi siano negati. E la tutela reintegratoria, che ha primeggiato per un quarantennio e per la quale si nutre nostalgia (*non ideologica*), è scesa in un secondo piano non valendo come *standard* di tutela contro il licenziamento illegittimo, proprio nel settore dove la persona e la sua dimensione lavorativa costituiscono un valore centrale del nostro testo costituzionale (e non solo).

Né si può negare rilevanza alla reintegrazione, sostenendone la difficoltà applicativa o la possibile sostituzione a richiesta del lavoratore.

Nel primo caso, la difficoltà applicativa è stata superata con il raffinamento della concezione della funzione di coazione ad adempiere che svolge in ogni caso la corresponsione della retribuzione, nonostante la mancata cooperazione datoriale. Ed oggi giorno bisognerebbe prendere atto che, nel diritto privato, l'applicazione dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ. rappresenta una sorta di contrappasso al diritto del lavoro, avendo previsto l'*astreinte* per l'esecuzione delle obbligazioni di fare infungibile, e bisognerebbe pretendere l'applicazione ai rapporti di lavoro, ingiustificatamente esclusi¹⁴.

Nel secondo caso, è evidente che il soggetto danneggiato potrebbe non essere interessato alla reintegrazione ma al risarcimento rinforzato previsto dall'art. 18, comma 3, St. lav. Ma ciò non diminuisce la rilevanza della reintegrazione che, a mio parere, superando il compromesso al ribasso della l. n. 604/1966, ripristina gli effetti che sono tipici della nostra giustizia civile, finalizzata al "risarcimento" in forma specifica prima di passare a quella per "equivalente".

4. Tecnica prescelta dalla Cassazione: criticità

La Cassazione ha preferito risolvere in modo autonomo la questione della compatibilità costituzionale della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, pur dando continuità alle sentenze della Corte costituzionale del 1963 e del 1972. Invece avrebbe dovuto investire la Corte costituzionale, anche per opportunità.

Innanzitutto il quadro normativo è mutato rispetto agli anni '60 e '70 e la Corte avrebbe potuto valutare la permanenza delle ragioni e del *metus*

¹⁴ V. ancora R. SANTUCCI, *L'effettività e l'efficacia*, cit., p. 55 ss.

individuati all'epoca, che hanno indotto a creare una norma *ad hoc* sulla prescrizione dei crediti di lavoro e a correggere degli errori d'individuazione della disciplina da considerare (non si capisce perché non si sia chiamato in causa l'art. 2935 c.c. che si occupa di decorrenza della prescrizione). Il quadro normativo mutato sul regime di licenziamento è stato poi ulteriormente modificato dopo le riforme del 2012 e del 2015 e dalle successive sentenze della Corte costituzionale e magari si sarebbe potuto richiamare la Corte ad approfondire nuovamente l'aspetto della *presunta insignificanza costituzionale* della tutela reale contro il licenziamento illegittimo. Non si sarebbe dunque trattato di un ritorno della Corte su una propria decisione (ma del resto anche sull'art. 19 St. lav., con la sentenza n. 231/2013, la Corte è tornata sui propri passi).

L'opportunità si sarebbe potuta individuare nel fatto di provocare una decisione della Corte costituzionale con un'efficacia generale rispetto alla sentenza della Corte di Cassazione. La Cassazione giustifica la sua interpretazione volendo assicurare alla prescrizione, per l'interesse perseguito della certezza dei rapporti di giuridici, un regime univoco ed evitare un caso per caso da una diversa soluzione che rimettesse, volta per volta, al giudice di verificare, per lo specifico rapporto di lavoro, la tutela fruibile in base alla qualificazione giudiziaria del licenziamento. La Cassazione vuole dunque contrastare l'imprevedibilità e la frammentazione casistica, prendendo posizione *ex ante* con riguardo alla stabilità. E siamo d'accordo. Ma potrebbe comunque aversi "un caso dopo caso" (nonostante l'evoluzione del nostro sistema verso la nomofilachia¹⁵), con l'imprevedibilità sulla costanza della soluzione e la tenuta dell'orientamento e con la riproposizione della questione dinanzi ai giudici di merito.

¹⁵ Sulle criticità delle tecniche processuali e sulle prospettive della riforma del processo civile v. M. ACIERNO-R. SANLORENZO, *La Cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale e ufficio del processo: cambia il volto della Cassazione*, in *QG*, 2021, 3, p. 96 ss. Sulla riforma del processo civile in Cassazione v. la relazione n. 96 del 6 ottobre 2022 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione. Criticamente in materia A. VALLEBONA, *La riforma del processo civile*, in *MGL*, 2022, 1, p. 175 ss.

ABBREVIAZIONI

<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>DLM</i>	Diritti Lavori Mercati
<i>DML</i>	Diritto del mercato del lavoro (II)
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GC.com</i>	Giustizia civile.com
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>LDE</i>	Lavoro Diritti Europa
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>NNG</i>	Nuovo notiziario giuridico
<i>OGL</i>	Orientamenti di giurisprudenza del lavoro
<i>QFMB</i>	Quaderni Fondazione Marco Biagi
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RF</i>	Rivista di filosofia
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>VTDL</i>	Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro
<i>WP CSDLE</i>	<i>Working Papers</i> Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Volumi pubblicati

1. *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di Giampiero Proia, 2020.
2. *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di Emilio Balletti, 2021.
3. *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, a cura di Rosario Santucci e Mario Cerbone, 2022.
4. *Appalti e lavoro: problemi attuali*, a cura di Giampiero Proia, 2022.
5. *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista e Rosario Santucci, 2022.
6. *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro. Opinioni a confronto*, a cura di Emilio Balletti e Rosario Santucci, 2023.

